



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Nísia Cândida Henriques Gomes

**O CONSENTIMENTO INFORMADO DOS
MENORES PARA OS ATOS MÉDICOS**

Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção em Direito Civil,
orientada pelo Professor Doutor André Gonçalo Dias Pereira e apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Julho de 2022

1 2 9 0



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Nísia Cândida Henriques Gomes

**O CONSENTIMENTO INFORMADO DOS MENORES PARA OS ATOS
MÉDICOS**

THE INFORMED CONSENT OF MINORS FOR MEDICAL ACTS

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em
Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas com Menção
em Direito Civil.*

Orientador: Professor Doutor André Gonçalo Dias Pereira.

Coimbra

2022

AGRADECIMENTOS

Ao Exmo. Sr. Professor Doutor André Gonçalo Dias Pereira, por ter aceitado orientar a minha dissertação, por todos os conselhos, sugestões, disponibilidade e, acima de tudo, pela compreensão.

Aos meus pais e ao meu irmão, a quem devo muito, pelo apoio incondicional, paciência, força, dedicação e por sempre acreditarem em mim. Sem eles nada disto seria possível, e só me resta agradecer pelos princípios e valores que me inculcaram e por todo o sacrifício que fizeram no decorrer destes anos.

Ao Manuel Reis, pelo apoio incondicional demonstrado, por todas as palavras de incentivo constantes, por todos os momentos partilhados e por sempre acreditar que eu era capaz.

Aos meus colegas e amigos por todo o convívio, momentos de partilha e amizade.

A Coimbra por todas as recordações e experiências que me proporcionou e que jamais serão esquecidos.

RESUMO

Ultrapassados os tempos marcados por uma ética médica onde imperava o paternalismo clínico, segundo o qual, ao paciente não era reconhecida capacidade de decisão e era ao médico que cabia decidir qual o melhor interesse deste, hoje, podemos afirmar que o consentimento informado se afigura como um dos elementos fundamentais de qualquer intervenção, verificando-se assim a passagem de uma arte médica silenciosa baseada no modelo hipocrático para uma medicina mais técnica onde o respeito pela vontade, autodeterminação e dignidade do paciente impera.

Apesar desta maior proteção que é conferida aos cidadãos e aos seus direitos fundamentais, emerge a problemática do consentimento do sujeito incapaz em razão da idade, onde a principal questão reside em saber se o consentimento para o ato médico pode ou não ser prestado por estes sujeitos e se sim, em que condições pode ser-lhes reconhecida capacidade para praticar este ato que é incindível à própria pessoa e envolve bens pessoalíssimos. Por outro lado, coloca-se igualmente a questão de saber se o dissentimento é ou não também uma hipótese que deve ser ponderada na tomada de decisão. Em caso de incapacidade para consentir do menor, cumpre averiguar quem exercerá estes direitos de modo a que os interesses do menor sejam salvaguardados e quais os limites desse mesmo exercício. Ainda neste âmbito, torna-se particularmente relevante analisar as intervenções que, pese embora a incapacidade para consentir reconhecida ao menor, não podem ser realizadas sem a concordância deste ou perante as quais lhe é reconhecido um verdadeiro direito de veto.

Esta questão associada aos menores é particularmente sensível não só porque o menor por si só já é considerado, na sua generalidade, como um sujeito vulnerável e em caso de doença, estar-se-á perante uma fragilidade intensificada por outra fragilidade, mas também porque não está aqui em causa somente o paciente e o médico, mas sim o paciente, os seus progenitores e o médico, pelo que torna-se fulcral tentar dar respostas mais claras para diversos problemas médico-legais que se colocam neste domínio e que têm merecido cada vez mais o olhar atento dos juristas, tendo em conta que a área da Medicina e do Direito se encontram cada vez mais próximas.

Palavras-chave: Consentimento informado; Menores; Capacidade para Consentir; Dissentimento; Responsabilidades parentais; Intervenções médicas invasivas.

ABSTRACT

Having overcome the times marked by medical ethics where clinical paternalism reigned, according to which the patient's capacity to decide was not recognized and it was up to the doctor to decide what was in the patient's best interest, today we can affirm that informed consent appears as one of the fundamental elements of any intervention, thus verifying the passage from a silent medical art based on the Hippocratic model to a more technical medicine where respect for the patient's will, self-determination and dignity reigns supreme.

Despite this greater protection that is conferred to citizens and their fundamental rights, there emerges the problem of the consent of the incapacitated subject due to age, where the main question resides in knowing whether or not the consent for the medical act can be given by these subjects and if so, under what conditions can they be recognized as having the capacity to practice this act that is incindible to the person and involves very personal assets. On the other hand, there is also the question of whether or not dissent is also a hypothesis that must be considered in the decision making process. In case of the minor's incapacity to consent, it is necessary to determine who will exercise these rights so that the interests of the minor are safeguarded and what the limits of this exercise should be. Still within this scope, it is particularly relevant to analyze the interventions that, despite the incapacity to consent recognized to the minor, cannot be performed without his/her agreement or in which a true right of veto is recognized.

This issue associated with minors is particularly sensitive not only because the minor is already considered, in general, as a vulnerable subject and in the case of illness, we will be faced with a fragility intensified by another fragility, but also because it is not only the patient and the doctor who are at stake here, but rather the patient, his parents and the doctor, and so it is crucial to try to provide clearer answers to various medico-legal problems that arise in this field and that have increasingly merited the watchful eye of jurists, bearing in mind that the area of Medicine and Law is becoming closer and closer.

Keywords: Informed Consent; Minors; Capacity to Consent; Dissent; Parental Responsibilities; Invasive Medical Interventions.

“Uma criança não é uma pessoa adulta incompleta, mas uma pessoa com experiências diferentes das dos adultos, mas nem mais nem menos coerentes que as deste.”

Maria Clara Sottomayor

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Al. – Alínea

Apud – Do latim, citação indireta, por ter sido já citado em...

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

CC – Código Civil

CDC – Convenção sobre os Direitos da Criança

CDHB – Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina

CDOM – Código Deontológico da Ordem dos Médicos (Regulamento n.º 707/2016, de 21 de Julho)

CEC – Comissão de Ética Competente

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CEIC – Comissão Ética para a Investigação Clínica

Cfr. – Conferir

CNECV – Comissão Nacional de Ética para as Ciências da Vida

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

CT – Código do Trabalho

DGS – Direção-Geral de Saúde

DL – Decreto-Lei

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

IPO – Instituto Português de Oncologia

LBS – Lei de Bases da Saúde (Lei n.º 95/2019, de 4 de Setembro)

LPCJP – Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo

MP – Ministério Público

Nº – Número

Ob. cit. – Obra citada

ONU – Organização das Nações Unidas

OTM – Organização Tutelar de Menores

Pág. – Página

PIDCP – Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos

Por ex. – Por exemplo

Séc. – Século

Ss. – Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

Vide – Ver/Verificar

Vol. – Volume

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	3
RESUMO.....	4
ABSTRACT.....	5
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS.....	7
INTRODUÇÃO.....	11
Capítulo I – O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: enquadramento geral.....	14
1. Dos tempos da medicina paternalista à era da autonomia do paciente.....	14
2. A importância do consentimento informado na relação médico-paciente.....	21
3. Requisitos de Validade do Consentimento	25
3.1. Capacidade para Consentir.....	25
3.2. Respeito pelos bons costumes e pela ordem pública	29
3.3. Cumprimento do dever de informar e esclarecer	31
3.3.1. Exceções ao dever de informar e esclarecer	36
3.3.1.1. Privilégio terapêutico.....	36
3.3.1.2. O direito a não saber.....	38
4. Exceções ao dever de obter o consentimento informado.....	41
4.1. Os casos de urgência médica e alargamento da intervenção.....	41
4.2. Autorizações Legais	43
Capítulo II – Menoridade, uma incapacidade em virtude da idade?	45
1. A criança enquanto “ser em construção” detentor de direitos	45
2. A (in)capacidade dos menores	52
3. O reconhecimento da autonomia progressiva do menor: “Maioridades especiais”.....	57
Capítulo III – Os menores e o consentimento informado para o ato médico.....	65

1. Maioridade antecipada para o acesso aos cuidados de saúde?	65
1.1. Solução à luz do ordenamento jurídico português	66
1.2. Breve excuro pelas soluções que versam sobre o consentimento informado dos menores ao nível do direito comparado	76
2. A importância do dever de confidencialidade	80
3. O Dissentimento do menor	83
Capítulo IV – Suprimento da incapacidade dos menores	91
1. Meio de suprimento: As responsabilidades parentais	91
2. Limites ao exercício do poder paternal em matéria de saúde do menor	98
2.1. Situações urgentes e autorizações legais	98
2.2. Recusa da intervenção médica pelos pais	99
2.3. Preferência por outro tratamento alternativo	107
2.4. Tratamento médico a pedido dos pais	110
3. O contrato médico quando o paciente é menor	114
Capítulo V – Intervenções médicas invasivas em menores	118
1. Colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana	118
2. Ensaio clínicos	121
CONCLUSÃO	126
BIBLIOGRAFIA	135

INTRODUÇÃO

Se olharmos atentamente para a relação que se estabelece entre o médico e o paciente vemos que um dos requisitos essenciais para uma boa prática médica assenta no diálogo. Um diálogo de forma a que o paciente seja informado e esclarecido sobre o ato médico a que se irá submeter, para que posteriormente possa prestar ou não o seu consentimento informado previamente a qualquer tipo de intervenção, que o médico se propõe a realizar com base em elevados preceitos éticos e técnicos.

Só assim se poderá afirmar que houve pleno respeito pela vontade e autodeterminação do paciente, uma vez que, o paciente é titular das escolhas e decisões respeitantes à sua saúde, sendo a sua autonomia pessoal um ideal da cultura moderna. Respeitando este diálogo que antecede a intervenção, evitar-se-á aquilo que aconteceu durante séculos, onde o médico decidia qual o melhor interesse do paciente e este se limitava a confiar cegamente no médico e a olhar para ele enquanto “dono da razão e verdade”, ou seja, o paciente deixa de ter uma posição passiva e voz silenciosa para passar a ter uma atitude e voz ativa, passando a viver e a exprimir-se de acordo com o seu modo de ser e pensar.

Por outro lado, o paciente para dar o consentimento carece ainda da indispensável capacidade para consentir, capacidade essa que levanta alguns problemas no que concerne aos menores. Atualmente, é menor todo o sujeito com idade inferior a dezoito anos e até atingir a maioridade vigora a regra da incapacidade geral de exercício. Contudo, esta não é uma regra isenta de exceções, dado que atualmente os menores são sujeitos de direitos em constante desenvolvimento e o legislador em consideração por esta crescente autonomia e maturidade que se revela, por vezes, muito antes da idade da maioridade, reconheceu-lhes capacidade para atuar autonomamente e livremente em determinadas situações- situações estas comumente denominadas pela doutrina de maioridades especiais ou antecipadas. Todas estas situações onde se reconhece campos de autonomia ao menor, levam-nos a questionar se no âmbito dos cuidados médicos, tendo em conta os direitos pessoalíssimos que estão em jogo e que reclamam e exigem o consentimento para a intervenção médica, a lei portuguesa previu também uma maioridade especial para o acesso aos cuidados de saúde.

Antecipando de antemão a solução preconizada em contexto de menores, o art. 38º/3 do CP exige a verificação cumulativa de dois requisitos para que o menor seja capaz para

consentir: ter mais de 16 anos e o discernimento necessário. No entanto, o teor deste preceito é fonte de algumas imprecisões e levanta várias questões que importa responder, tais como: Qual o critério que deveremos atender verdadeiramente? Deveremos fazer depender o reconhecimento da capacidade para prestar consentimento de uma idade fixa? Ou deveremos atender às particularidades de cada caso concreto e proceder a uma avaliação individualizada do discernimento, independentemente da idade? Será que um menor que ainda não tenha completado 16 anos mas que demonstre ter maturidade e discernimento suficiente para tomar uma decisão ponderada e consciente sobre a sua situação clínica, não poderá consentir no ato médico que lhe diz diretamente respeito?

Caso se conclua que o menor tem capacidade para decidir de forma autónoma, consciente e livre sobre o ato médico, importa investigar se o exercício do direito à autodeterminação no que diz respeito aos tratamentos médicos pode também ir no sentido do dissentimento para o ato médico, questão que é particularmente problemática já que o dissentimento poderá ser mais pernicioso do que o próprio consentimento, pois implica a rejeição total do tratamento.

No entanto, quando não lhes seja reconhecida capacidade para tomar decisões relativas aos cuidados de saúde, os direitos e interesses destes indivíduos incapazes em razão da idade não podem deixar de ser defendidos e, neste sentido, vêm-se representados pelos pais que devem velar pela sua segurança, saúde e desenvolvimento, sempre de acordo com os melhores interesses do menor e com a maior efetividade possível, o que nem sempre acontece pois existem casos em que os pais tomam decisões com evidente prejuízo para a vida e saúde dos menores, deixando os interesses dos filhos de estar no horizonte do exercício dos seus poderes-deveres. Assim, não pode haver uma total liberdade de decisão por parte dos pais de dispor sobre a saúde e vida do menor incapaz dado que estes nem sempre se encontram capazes de encontrar qual a melhor solução para ele e, neste sentido, são impostos vários limites ao exercício do poder paternal em matéria de saúde da criança que importa estudar.

Por outro lado, uma vez que da relação entre médico-paciente não emergem apenas problemas relacionados com direitos de personalidade, mas também problemas contratuais, importa ainda analisar a relação médico-paciente quando o paciente é um menor.

Por fim, é necessário ressaltar que há casos em que, independentemente da capacidade do menor, o legislador optou por envolver tanto os pais como os menores na tomada de decisão, designadamente, quando estamos perante intervenções que comportem um maior risco para o menor, como os ensaios clínicos e colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana.

Neste sentido, a nossa exposição iniciar-se-á com breves considerações sobre a evolução histórica do consentimento informado e a sua importância enquanto pré-requisito essencial de todo o tratamento médico. De seguida, partiremos para a análise dos requisitos que o consentimento deve atender para que seja considerado válido e eficaz. Posteriormente, concluindo a primeira parte do nosso estudo referente ao consentimento informado na sua generalidade, importará ainda fazer referência aos casos em que se verificam verdadeiras exceções à regra de obtenção do consentimento informado.

Subsequentemente, partiremos para a questão do consentimento informado focada no caso de menores, onde primeiramente, faremos uma viagem pela evolução registada ao nível dos direitos das crianças, expondo alguns dos direitos para os quais atualmente lhes é reconhecida capacidade de exercício e focando a nossa especial atenção no art.38º/3 do CP e nos seus critérios de modo a aferir se os devemos interpretar rigorosamente. Posteriormente, iremos explorar as soluções ao nível do direito comparado quando a esta problemática, abordaremos o dever de confidencialidade e a sua importância para uma relação de confiança entre o menor e o médico e responderemos igualmente à questão de saber se ao menor é ou não reconhecido o direito a dissentir. De seguida, contando que o menor é incapaz de consentir, cumprirá analisar a forma de suprimento dessa incapacidade de exercício por parte dos representantes legais, bem como aos exceções e limites à obtenção da autorização por parte destes. Posteriormente, estudaremos ainda a relação que se estabelece entre médico e paciente, quando este é menor e, por fim, focaremos o nosso olhar sobre algumas intervenções médicas invasivas e questões conexas que se revelam de suma importância nesta abordagem referente aos menores já que acabam por ser dotadas de uma maior complexidade e, por vezes, de uma certa irreversibilidade.

Estabelecida a linha de pensamento que nos irá orientar, iniciamos, assim, a nossa exposição.

Capítulo I – O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: enquadramento geral

1. Dos tempos da medicina paternalista à era da autonomia do paciente

No início do exercício da profissão médica fomos muitas vezes deparados com o desrespeito e abuso pela liberdade e dignidade humana, onde vigorava o Paternalismo Clínico. Uma ética médica marcada por uma deontologia hipocrática e excelência aristotélica¹, segundo a qual, a vontade e as opiniões do paciente sobre as decisões médicas eram consideradas irrelevantes e o médico escolhia o que fazer, como fazer e quando fazer, tendo em conta aquilo que considerava melhor para o paciente e estaria livre de qualquer responsabilidade². No fundo, o paciente era visto como um incapaz de escolher o melhor para si e estava condenado a confiar cegamente no médico que assumia uma atitude silenciosa relativamente aos seus atos negligentes, não tendo qualquer atenção ou estima pela vontade do paciente. Nestes tempos “nem a falta de informação nem a falta de consentimento constituíram um problema no exercício da atividade clínica.”³.

Locke já tinha reconhecido a importância do Homem e do Cidadão⁴ enquanto ser portador de direitos, mas as mudanças no âmbito da medicina foram demoradas. No entanto, aos poucos começaram a afirmar-se e deixámos de ser regulados por uma “vontade/desígnio/propósito divino”, começando a ser valorizados valores como a autonomia que carrega o peso da atitude de responsabilidade, a liberdade que é dada e conquistada e que nos condena a tomar decisões durante toda a nossa vida e a dignidade que é algo inerente a nós próprios. O cidadão passa a criar uma “lei própria de agir individual”⁵

¹ MELO, Jorge A. S., *Consentimento informado – uma sinopse*, in *Revista Portuguesa de Cirurgia*, II Série, Nº 2, 2007, pág. 43 e 44.

² Conforme salienta Guilherme de Oliveira, “Quase toda a história da medicina nos mostra uma responsabilização religiosa e moral dos médicos, decorrente do carácter sagrado do seu múnus; nunca uma responsabilidade jurídica no sentido que hoje lhe atribuímos.”. OLIVEIRA, Guilherme de, *O fim da «arte silenciosa»*, in *Temas de Direito da Medicina*, 2ª Edição aumentada, Coimbra, Coimbra Editora, 2005. pág. 108.

³ OLIVEIRA, Guilherme de, *O fim da «arte silenciosa»*, ob. cit., pág. 110.

⁴ MELO, Jorge A. S., *Consentimento informado*, ob. cit., pág. 44.

⁵ MELO, Jorge A. S., *Consentimento informado*, ob. cit., pág. 44.

e há assim uma “recusa da coisificação da pessoa, assumindo-se esta como um fim em si mesmo.”⁶.

Deste modo, “é de esperar que qualquer análise jurídica da relação entre médico/paciente identifique dois grandes períodos históricos: o período inicial, dito de paternalismo médico, e o período subsequente, de autonomia do paciente”⁷. Façamos então uma breve análise sobre os principais marcos históricos que se destacaram ao longo desta longa evolução onde o consentimento passou a ser um requisito essencial para a prática de atos médicos.

Slater versus Baker & Stapleton é apontada como a primeira sentença inglesa conhecida que diz respeito ao direito ao consentimento informado remontando a 1767 e na qual o tribunal responsabilizou dois médicos por intervirem sem o prévio consentimento do paciente⁸.

Em 1914, no caso *Schloendorff versus Society of New York Hospital* foi proferida uma sentença que foi reputada por alguns autores como o “embrião da doutrina do consentimento informado, ao configurar o paciente como indivíduo livre e autónomo a quem se reconhece a liberdade de tomar as suas próprias decisões.”⁹.

No entanto, verdadeiramente, a expressão “consentimento informado” só veio a ser usada pela primeira vez em 1957, no caso norte-americano *Salgo versus Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*. Neste caso, o médico foi condenado a indemnizar o paciente por este ter sido submetido a um exame invasivo, sem ter sido informado previamente sobre os riscos do ato médico, que lhe viria a causar paralisia irreversível. Na visão da maioria dos juízes, o médico violou um dever para com o doente, ao não disponibilizar todos os elementos necessários para que este prestasse o consentimento informado¹⁰.

⁶ RIBEIRO, Geraldo Rocha, *Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)*, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 7, Nº 14, Coimbra Editora, 2010, pág. 106.

⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Limites ao exercício das responsabilidades parentais em matéria de saúde da criança, Vida e corpo da criança nas mãos de pais e médicos?*, 1ª edição, Coimbra, Gestlegal, 2020, pág. 34.

⁸ PEREIRA, André Dias, *O Consentimento informado na relação médico-paciente, Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pág. 57. RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento informado para o ato médico no ordenamento jurídico português (Elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pág. 33, nota 31.

⁹ RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 30.

¹⁰ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Limites ao exercício*, ob. cit., pág. 38.

Contudo, antes desta decisão, o consentimento informado do paciente já tinha sido previsto num diploma legal. Na Alemanha, como forma de reação às experimentações levadas a cabo em seres humanos nos campos de concentração nazis no decurso da 2ª Guerra Mundial, surge o Código de Nuremberga de 1947, onde foi consagrada a doutrina do consentimento informado que se tornou numa exigência para a boa prática médica, no qual a pessoa teria o direito à liberdade de escolha, sempre que revelasse ter compreensão, conhecimentos e capacidades suficientes para tomar uma decisão sem qualquer fraude ou coação, exigindo-se assim quatro requisitos para que o consentimento seja válido: (1) ser voluntário (2) a pessoa ter capacidade para dar o consentimento (3) após ter sido informada e (4) suficientemente esclarecida¹¹. Este Código foi o primeiro texto de proclamação dos direitos dos pacientes, mais concretamente, o direito à autodeterminação do paciente, pese embora fosse mais dirigido para a experimentação clínica¹².

A Associação Médica Mundial também elaborou em 1964 a Declaração de Helsínquia como um enunciado de princípios éticos para a investigação clínica envolvendo seres humanos, onde estabelece que o consentimento informado é um dos requisitos essenciais para a sua realização¹³.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966¹⁴, atendendo à obrigação de garantir o respeito pelos direitos e liberdade do ser humano, reforçou a nível internacional e enquanto norma de carácter vinculativo, a necessidade de obter o consentimento informado no seu art.7º dispondo que, “Ninguém poderá ser submetido a torturas, penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Em particular, ninguém será submetido sem o seu livre consentimento a experiências médicas ou científicas.”

Em 1981, a Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Paciente, no seu ponto nº 3/a)/b)/c), reforça o sentido e o valor do consentimento informado e reconhece o paciente como um ser livre e autónomo para tomar as suas próprias decisões, aceitando ou recusando o tratamento após ter obtido a informação necessária.

¹¹ RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 35.

¹² PEREIRA, André Dias, *O Consentimento informado*, ob. cit., pág. 59.

¹³ Nesta Declaração merece particular destaque o ponto 7, 9 e 25.

¹⁴ Assinado em Portugal a 7 de Outubro de 1976 e entrada em vigor a 15 de Setembro de 1978.

A Carta da Criança Hospitalizada que foi preparada em 1988 também dispõe no art.4º que “As crianças e os pais têm o direito a receber uma informação adaptada à sua idade e compreensão.”.

Em 1994, a Organização Mundial de Saúde, publicou a Declaração para a Promoção dos Direitos dos Pacientes na Europa, que tinha como objetivo garantir certos direitos ao paciente, designadamente, o seu direito a consentir numa determinada intervenção médica.

Um dos instrumentos que merece maior destaque e que é visto como um autêntico “Tratado dos direitos dos pacientes”¹⁵ é a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina¹⁶ que desempenhou um papel crucial na evolução do Direito da Medicina e dos Direitos Humanos, destacando-se o art.5º relativo ao respeito pelo consentimento, segundo o qual, “Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido.”.

No entanto, cabe ainda destacar a Convenção Europeia dos Direitos do Homem que no seu art. 8º consagra o direito ao respeito pela vida privada e familiar, do qual se retira o entendimento de que uma intervenção médica não consentida constitui uma ingerência na vida privada do paciente.

Por sua vez, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000¹⁷ no seu art. 3º/1 estabelece que todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua integridade física e mental e no nº 2/a) desse mesmo preceito dispôs que tanto no domínio da medicina, como no da biologia, deve ser respeitado o consentimento livre e esclarecido da pessoa.

Finalmente, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos¹⁸, aprovada em 2005 também consagra expressamente no art.6º/1 que “Qualquer intervenção médica de carácter preventivo, diagnóstico ou terapêutico só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa em causa, com base em informação adequada.”.

¹⁵ PEREIRA, André Dias, *O Consentimento informado*, ob. cit., pág. 87.

¹⁶ Assinada em Portugal a 4 de Abril de 1997 e entrada em vigor a 1 de Dezembro de 2001.

¹⁷ A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia foi proclamada a 7 de Dezembro de 2000 mas não tinha efeito jurídico vinculativo, constituindo apenas um compromisso político. No entanto, desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em dezembro de 2009, é juridicamente vinculativa, ou seja, os seus direitos adquiriram força normativa plena.

¹⁸ Aprovada pela unanimidade dos 191 Estados-membros da UNESCO, na sua 33.ª Conferência Geral.

No direito interno português, o consentimento informado enquanto direito fundamental do paciente e requisito essencial que antecede a intervenção médica também se encontra previsto em várias normas.

No **plano civilístico** cumpre chamar à colação o art. 70º do CC enquanto Direito Geral de Personalidade, nos termos do qual “A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.”, estando plasmados outros direitos de personalidade em especial entre os arts. 72º a 80º como o direito ao nome, ao pseudónimo, à imagem e à reserva sobre a intimidade da vida privada. No entanto, para além destes direitos, encontram-se abarcados pela proteção consagrada no art. 70º outros direitos especiais de personalidade, uma vez que, perfilhando as elucidativas palavras de Orlando de Carvalho, o direito geral de personalidade consiste num “direito à personalidade no seu todo, direito que abrange todas as manifestações previsíveis e imprevisíveis da personalidade humana, pois é, a um tempo, direito à pessoa-ser e à pessoa-devir, ou melhor, à pessoa-ser em devir, entidade não estática mas dinâmica e com jus à sua «liberdade de desabrochar» (com direito ao «livre desenvolvimento de personalidade» de que falam já certos textos positivos). Trata-se de um *jus in se ipsum* radical, em que a pessoa é o bem protegido, correspondendo à sua necessidade intrínseca de autodeterminação (...). Só um tal direito ilimitado e ilimitável permite uma tutela suficiente do homem ante os riscos de violação que lhe oferece a sociedade contemporânea. Tendência progressiva das legislações para o seu reconhecimento. Entre nós, o apoio da cláusula geral do art. 70º do C.Civil.”¹⁹.

Nesta ótica, podemos depreender que o direito à vida, o direito à liberdade de vontade, à autodeterminação, à saúde e à integridade física e moral também se incluem nesta proteção civilística e, neste sentido, também podemos afirmar que “o direito de personalidade é inato ao ser humano, pelo que a sua dimensão e sentido são realidades de permanente convívio e perceção de, e para, cada um de nós.”²⁰.

¹⁹ CARVALHO, Orlando de, *Teoria geral do direito civil*, 3ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pág. 203. Nas palavras de André Dias Pereira, encontra-se consagrado no art.70º um direito geral de personalidade que confere “uma tutela plena e absoluta ao ser em devir que é o homem, nas suas diferentes esferas do ser e do agir e aberta à historicidade.” PEREIRA, André Dias, *O Consentimento informado*, ob. cit., pág. 98. Segundo João Vaz Rodrigues, “Da cláusula geral de proteção do direito de personalidade prevista no art.70º do Código Civil conseguimos extrair, sem prejuízo da certeza e da segurança jurídicas, direitos de personalidade especiais, por simples identificação com o padrão de afecção da «esfera físico-psíquica-ambiental» de cada sujeito.” RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 82.

²⁰ RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 81.

De acordo com o art. 70º/2 CC, a violação de direitos de personalidade, poderá desencadear não só responsabilidade civil, mas “a pessoa ameaçada ou ofendida também pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.”.

Na lei civil, encontramos ainda no mesmo sentido protecionista o art. 340º CC que considera lícita a atuação do médico desde que este tenha obtido o consentimento do paciente para determinada intervenção (nº1), excetuando-se os casos em que tal seja contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes (nº2).

No âmbito do **Direito Constitucional**, impõe-se destacar desde logo o art. 24º e o art. 25º que dispõem que a vida humana, a integridade moral e física é inviolável e o art. 26º/1 que tutela, entre outros direitos, o direito à identidade pessoal e ao desenvolvimento de personalidade, sendo este direito à integridade moral e física e ao livre desenvolvimento da personalidade expressões concretizadoras do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art.1º CRP)²¹. O art.26º/3 garante ainda a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano. Por sua vez, o art. 27º prevê expressamente que todos têm direito à liberdade. Ademais, segundo o art. 18º/1 da CRP “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam entidades públicas e privadas.”. Assim, utilizando as palavras de Guilherme de Oliveira, podemos afirmar que “está reconhecida no nosso sistema jurídico uma garantia de defesa da personalidade dos doentes, seja qual for a estrutura jurídica em que se desenvolva a prática do ato médico; não pode haver qualquer dúvida de que o cidadão que entra em contacto com um médico está protegido na sua integridade física e moral, quer o médico exerça clínica privada, seja empregado de uma instituição de saúde particular ou seja funcionário de um hospital ou serviço do Estado. Em qualquer caso, a defesa do direito à integridade física e moral do cidadão impõe-lhe a obtenção prévia do consentimento informado.”^{22 23}.

²¹ PEREIRA, André Dias, *O Consentimento informado*, ob. cit., pág. 96.

²² OLIVEIRA, Guilherme de, *Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica*, in *Temas de Direito da Medicina*, 2ª Edição Aumentada, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pág. 65.

²³ O nosso ordenamento para além de proteger a integridade física e moral da pessoa humana, garante também a sua autodeterminação, pelo que importa ainda destacar, a título de exemplo, para além dos artigos mencionados, o art. 9º/b), 12º, 13º, 22º, 63º, 64º, 71º e 72º da CRP.

Ao nível do direito internacional, como vimos, destaca-se a CEDH, a CDHB e mais recentemente a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, que por força do art. 8º da CRP vigoram no ordenamento jurídico português.

No entanto, o consentimento informado está previsto de forma mais precisa no **Código Penal**, que exige, em regra, a verificação do consentimento para a prática da intervenção médica, estabelecendo no 156º/1 CP, sanções para os profissionais de saúde que não cumpram este dever de obter o consentimento livre e esclarecido, assim como menciona as exceções ao cumprimento deste dever no nº2 do referido preceito. O CP fixa ainda rigorosamente o dever de esclarecimento no art. 157º do CP, assumindo ainda particular relevância neste âmbito o art. 38º, 39º, 149º, 150º do CP que também estabelecem regras relativas ao direito ao consentimento informado no nosso ordenamento, merecendo especial destaque o art.150º para o qual a previsão do art.156º remete e que confere especial proteção à integridade física do paciente.

Em síntese, a matéria do consentimento no Código Penal está especialmente prevista no art. 38º do CP onde se dispõe expressamente no nº1 que “o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes” e para além disso o nº2 estabelece que “o consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido.”. Este artigo encontra-se relacionado com o art. 150º, 156º e 157º. Atendendo a estes preceitos legais podemos concluir que um médico para realizar uma intervenção médica e para que esta não constitua uma ofensa à integridade física, tem de preencher os requisitos do art. 150º/1, isto é, deve ser levada a cabo com respeito pelas *leges artis*, deve ser realizada por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, a intervenção deve ainda ser medicamente indicada e ter uma finalidade terapêutica²⁴. No entanto, o médico precisa ainda de obter o consentimento informado do paciente. Não o obtendo, incorrerá num crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários expressamente previsto no art. 156º e será punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa, por violação dos bens jurídicos como a autonomia,

²⁴ Esta intenção terapêutica é precisamente o que justifica a exclusão do âmbito de aplicação desta norma, às intervenções sem finalidade terapêutica, como é exemplo, as cirurgias estéticas que consistem em ofensas corporais típicas, legitimadas por força do consentimento informado do paciente e às quais se procederá à aplicação do regime do consentimento do ofendido que se encontra previsto no art. 38º e 149º do CP.

autodeterminação e liberdade pessoal. Acresce ainda que, este dever de obter o consentimento está diretamente interligado a um dever de esclarecimento previsto no art. 157º CP.

Por fim, e sem que se pretenda fazer uma enumeração exaustiva, cumpre ainda destacar, a **Carta dos Direitos e Deveres dos Doentes** onde se prevê o direito do doente a ser informado (ponto 5, 6 e 7 dos Direitos dos Doentes) e o direito a dar ou recusar o seu consentimento (ponto 8 dos Direitos dos Doentes), a **Lei de Bases da Saúde** que regula este instituto na Base 2, nº1, al.e) dispondo que todas as pessoas têm o direito a “A ser informadas de forma adequada, acessível, objetiva, completa e inteligível sobre a sua situação, o objetivo, a natureza, as alternativas possíveis, os benefícios e riscos das intervenções propostas e a evolução provável do seu estado de saúde em função do plano de cuidados a adotar.”²⁵ e o **Código Deontológico da Ordem dos Médicos**²⁶ que prevê o dever de esclarecimento do médico ao paciente no art.19º e o consentimento do paciente no art.20º.

À face do exposto, concluímos que o direito ao consentimento está, indiscutivelmente, consagrado no ordenamento jurídico português²⁷.

2. A importância do consentimento informado na relação médico-paciente

Ultrapassados os tempos marcados pelo paternalismo clínico e negado todo o pensamento hipocrático, podemos afirmar que a “medicina arte” e o “doente-enfermo”, deu lugar à “medicina-técnica” e o “paciente cidadão”²⁸, onde um dos principais deveres a que o médico está vinculado para que se possa afirmar que a sua atuação é lícita é o dever de obtenção do consentimento informado. Conforme afirma Jorge Duarte Pinheiro, “O modelo

²⁵ A Lei nº15/2014, de 21 de Março com as últimas alterações introduzidas pela Lei n.º 110/2019, de 09/09, veio consolidar a legislação em matéria de direitos e deveres do utente dos serviços de saúde, dando concretização à Base 2 da LBS, merecendo especial destaque o art. 3º e 7º.

²⁶ No preâmbulo do atual CDOM (Regulamento n.º 707/2016, de 21 de Julho) consta que este código é “um conjunto de normas de comportamento que serve de orientação nos diferentes aspetos das relações humanas que se estabelecem no decurso do exercício profissional da medicina.”

²⁷ Conforme afirma o Acórdão do STJ de 15-10-2009, Processo nº 08B1800 (Rodrigues dos Santos): “Esse direito ao livre e esclarecido consentimento é um postulado axiológico e normativo, vigente em vários ordenamentos jurídicos incluindo o português.”

²⁸ PEREIRA, André Dias, *O Consentimento informado*, ob. cit., pág. 24. PINHEIRO, Jorge Duarte, *Limites ao exercício*, ob. cit., pág. 35 e 36.

paternalista não teria resistido à evolução da sociedade e aos avanços da própria medicina.”²⁹.

Atualmente, estamos perante uma sociedade mais atenta, informada, instruída, com uma pluralidade de opiniões e valores, que não se deixa vislumbrar tão facilmente e, para além disso, o dever de obter o consentimento é um dever que se funda no direito à integridade física e moral de cada pessoa, tendo um papel fundamental na proteção desses mesmos direitos e é extremamente relevante no sentido em que se vai generalizando, na sociedade atual, um crescimento exponencial de novas técnicas sofisticadas, inovadoras e invasivas³⁰. Assim, podemos mesmo afirmar que tem vindo a operar-se “uma verdadeira “revolução” no que diz respeito à importância do Consentimento Informado para a prática de um acto médico, tanto por parte da comunidade médica, como da própria sociedade em geral.”³¹.

Deste modo, a afirmação do consentimento informado teve o intuito de conferir proteção ao paciente vulnerável³² para que possa ter conhecimento da sua situação clínica, tomar uma decisão consciente com base nas informações sobre o tratamento que irá receber e garantir assim uma boa qualidade e rapidez na atuação, da mesmo forma que salvaguarda qualquer ingerência não consentida na sua saúde, respeitando a sua integridade física e moral, a sua dignidade, o seu direito à saúde, à vida e sobretudo o direito autónomo do paciente à livre determinação em matéria de saúde³³. Desta forma, o consentimento do paciente afirma a validade do ato médico e afasta a ilicitude de ofensas à integridade física e autonomia do paciente, tutelando assim a liberdade de pensar, querer e de se expressar e de se autorrealizar enquanto centro de decisão autónomo. Conforme afirma Gillon, realizar uma intervenção sem o consentimento do paciente, é destituir essa pessoa da sua própria

²⁹ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Limites ao exercício*, ob. cit., pág. 36. Rui Nunes também afirma que, “(...) a postura paternalista tradicional da medicina é dificilmente aceitável numa democracia plural, sendo a decisão clínica progressivamente partilhada com o doente e a sua família. Ou seja, e noutra perspetiva, está em causa o exercício do direito à liberdade ética sendo este considerado como o valor fundamental das sociedades contemporâneas.”. NUNES, Rui, *Consentimento informado e boa prática clínica*, in *Julgar*, Nº Especial, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pág. 126.

³⁰ OLIVEIRA, Guilherme de, *Estrutura Jurídica*, ob. cit., pág. 63.

³¹ AMORIM, Ana, *O consentimento informado de menores: Reflexões críticas sobre a lei atual*, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 8, Nº 15, 2011, pág. 113.

³² Conforme salienta Jorge Duarte Pinheiro, “O ser humano está permanentemente sujeito à possibilidade de adoecer, sendo que é enquanto doente, ou carente de cuidados médicos, que vive de modo mais intenso a vulnerabilidade inerente à condição humana.”. PINHEIRO, Jorge Duarte, *Limites ao exercício*, ob. cit., pág. 33. O próprio art. 14º do CDOM que se refere ao dever de respeito do médico perante o doente faz referência à “situação de vulnerabilidade que caracteriza a pessoa doente” e à “dependência física e emocional que se pode estabelecer entre esta e o seu médico.”.

³³ OLIVEIRA, Guilherme de, *O fim da «arte silenciosa»*, ob. cit., pag, 114.

autonomia³⁴.

O consentimento informado é assim considerado como um imperativo da ética profissional, podendo defini-lo como o ato através do qual um paciente presta o seu consentimento livre e esclarecido ao médico, para que este proceda à realização de uma intervenção com finalidade preventiva, terapêutica, diagnóstica ou experimental³⁵ com o objetivo de proporcionar melhorias na sua saúde, ou seja, o consentimento informado é um “pré-requisito essencial de todo o tratamento ou intervenção médica.”³⁶

Depois da obtenção deste consentimento por parte do paciente, o médico deve atuar com cuidado, prontidão e agir com base nos seus conhecimentos e experiência médica, devendo ter também como princípios éticos norteadores, o princípio da autonomia que é o princípio dominante que marca a bioética diária, e segundo o qual, se reconhece a autodeterminação do paciente, como um ser humano livre, autónomo, capaz e com o poder de tomada de uma decisão sem interferências dos outros, atendendo apenas à sua vontade³⁷, sendo o paciente tratado como um fim em si mesmo e não como um meio³⁸. O princípio da não maleficência que se apresenta como a obrigação de não fazer mal ou de não propiciar o dano à pessoa humana: *primum non nocere*³⁹. O princípio da beneficência segundo o qual, o médico deve sempre sustentar o bem estar e o melhor interesse do paciente, prevenindo, diagnosticando e minorando o problema de saúde do paciente, ou seja, o médico não deve prejudicar o paciente⁴⁰. Por último, o princípio da justiça conforme o qual o médico deve dar a cada paciente aquilo que lhe é devido, distribuindo os benefícios e sacrifícios, vantagens e desvantagens e conferindo-lhe um tratamento justo, equitativo e apropriado⁴¹.

É importante salientar que o consentimento informado que é prestado não é geral, ou

³⁴ GILLON, Raanan, *Philosophical Medical Ethics, Consent*, in *British Medical Journal*, Vol. 291, 1985, pág. 1700. Disponível em: <https://www.bmj.com/content/bmj/291/6510/1700.full.pdf>.

³⁵ PINTO, José Rui Costa, *Bioética para todos*, Braga, Editorial A.O., 2006, pág. 50.

³⁶ DIAS, João Álvaro, *Responsabilidade, informação, consentimento e confidencialidade*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, N°4, Ano II, 1994, pág. 12.

³⁷ BEAUCHAMP, Tom L., CHILDRESS, James F., *Principles of Biomedical Ethics*, 8th Edition, New York-Oxford, Oxford University Press, 2019, pág. 99 a 112.

³⁸ “O homem, e em geral todo ser racional, existe como fim em si, não apenas como meio, do qual esta ou aquela vontade possa dispor a seu talento; mas, em todos os seus atos, tanto nos que se referem a ele próprio, como nos que se referem a outros seres racionais, ele deve sempre ser considerado ao mesmo tempo como fim.”. KANT, Immanuel, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_metafisica_costumes.pdf, pág. 28.

³⁹ BEAUCHAMP, Tom L., CHILDRESS, James F., *Principles*, ob. cit., pág. 155 a 161.

⁴⁰ BEAUCHAMP, Tom L., CHILDRESS, James F., *Principles*, ob. cit., pág. 217 e 218.

⁴¹ BEAUCHAMP, Tom L., CHILDRESS, James F., *Principles*, ob. cit., pág. 267 a 271.

seja, o consentimento dado para uma primeira intervenção médica, não pode ser considerado como válido para as posteriores intervenções que se revelem necessárias para a sua saúde. Assim, “Para cumprir honestamente os seus objectivos, o consentimento informado tem de ser prestado para cada acto médico; ao menos, para cada conjunto de actos que constituam uma unidade, do ponto de vista dos riscos e das vantagens para o doente.”⁴².

Em suma, é inegável que a medicina sofreu fortes alterações e, por conseguinte, a relação médico-paciente também e, neste sentido, podemos afirmar que hoje, o Direito da Medicina deve contribuir para que a relação entre médico-paciente vá para além do estudo da doença e do organismo, devendo permitir também um encontro entre médico-paciente através do diálogo⁴³.

Eventualmente, poderíamos cair na falha de afirmar que este dever de obter o consentimento resulta da relação contratual que se estabelece entre médico-paciente, contudo, Guilherme de Oliveira, alerta para o facto de o dever que o médico tem de não intervir na saúde do paciente sem o seu consentimento existir mesmo antes de se estabelecer qualquer relação contratual entre médico-paciente, ou seja, “o dever de obter o consentimento informado do doente funda-se num direito inato de personalidade e não depende, na sua afirmação básica, da estrutura contratual em que se pratique o acto médico.”⁴⁴.

Em resumo e utilizando as elucidativas palavras de Jorge Duarte Pinheiro, “A doutrina do consentimento informado é sinal da exigência de proteção especial para o doente. Num quadro de possível intervenção médica, o consentimento informado surge como instrumento de atenuação dos efeitos da vulnerabilidade decorrente da doença, na relação com terceiros. Por um lado, a falta de informação e de respeito pela vontade do doente são por si só causa de insegurança, angústia e sofrimento. Por outro lado, o esclarecimento do paciente e a necessidade da anuência deste ao acto médico opõem-se à desvalorização da pessoa que se encontra num momento de debilidade, contribuindo para preservar a sua dignidade e

⁴² OLIVEIRA, Guilherme de, *Estrutura Jurídica*, ob. cit., pág. 68.

⁴³ PEREIRA, André Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade médica*, 1ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, pág. 158.

⁴⁴ OLIVEIRA, Guilherme de, *Estrutura Jurídica*, ob. cit., pág. 63. GODINHO, Adriano Marteleto, *Consentimento informado, consentimento presumido e o dano à autodeterminação dos pacientes*, *Cadernos da Lex Medicinæ*, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, N°4, Vol. I, 2019, pág., 24.

liberdade, para deixar claro que quem carece dos cuidados de outrem não deixa de ser igual a quem é, por enquanto, saudável.”⁴⁵.

3. Requisitos de Validade do Consentimento

3.1. Capacidade para Consentir

A capacidade pode ser definida como um “modo de ser ou qualidade do sujeito em si.”⁴⁶. No entanto, quando falamos em capacidade torna-se, desde logo, imperioso fazer a distinção entre personalidade jurídica e capacidade jurídica.

Segundo o art.66º/1 do CC, a personalidade jurídica adquire-se “no momento de nascimento completo e com vida” e podemos traduzi-la na “aptidão para ser titular autónomo de relações jurídicas”⁴⁷. Segundo o art.67º do CC “As pessoas podem ser sujeitos de quaisquer relações jurídicas, salvo disposição legal em contrário; nisto consiste a sua capacidade jurídica.”. Seguindo os ensinamentos de Carlos Mota Pinto, a personalidade jurídica e a capacidade jurídica estão intrinsecamente ligadas, pois “à personalidade jurídica é inerente a capacidade jurídica ou a capacidade de gozo de direitos. À pessoa reconhece o direito objetivo capacidade jurídica, de modo que podemos, em termos tecnicamente rigorosos, considerar a pessoa um *ente capaz de direitos e obrigações*.”⁴⁸.

Distinta da noção de capacidade jurídica ou capacidade de gozo que se encontra prevista na lei, é a noção de capacidade de exercício de direitos ou capacidade de agir reconhecida a quem atinge a maioridade (art.130º CC) e consiste na “idoneidade para atuar juridicamente, exercendo direitos ou cumprindo deveres, adquirindo direitos ou assumindo obrigações, por ato próprio e exclusivo ou mediante um representante voluntário ou procurador, isto é, um representante escolhido pelo próprio representado.”, ou seja, uma pessoa com capacidade de exercício de direitos é aquela que atua pessoalmente, não precisando de ser substituída na prática dos atos que põem em movimento a esfera jurídica própria por um representante legal e aquela que atua autonomamente não carecendo do

⁴⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Limites ao exercício*, ob. cit., pág. 42 e 43.

⁴⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 2ª Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pág. 260.

⁴⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral*, ob. cit., pág. 193. Nas palavras de Capelo de Sousa, personalidade jurídica pode definir-se como a “aptidão para se ser um centro independente de imputação e de irradiação de efeitos jurídicos materiais e processuais.”. SOUSA, Rabindranath Capelo de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, Coimbra Editora, 2003, pág. 250.

⁴⁸ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral*, ob. cit., pág.194.

consentimento de outra pessoa para a prática dos atos jurídicos⁴⁹. Na falta desta aptidão para atuar pessoal e autonomamente, a pessoa será considerada incapaz de exercício de direitos, podendo essa incapacidade ser suprida pelo representante legal ou pela assistência⁵⁰.

Ora, sendo a capacidade de exercício de direitos reconhecida aos indivíduos que atingem a maioridade, podemos concluir, desde logo, que são incapazes para o exercício de direitos, os menores (art.123º CC) os interditos (art.139º CC) e os inabilitados (art. 152º CC e ss.).

Depois de expostos alguns conceitos que por motivos de clareza se assumem relevantes cumpre atender ao disposto no art.20º do CDOM, segundo o qual, “O consentimento do doente só é válido se este, no momento em que o dá, tiver capacidade de decidir livremente, se estiver na posse da informação relevante e se for dado na ausência de coações físicas ou morais”, isto é, o sujeito tem de ter uma competência decisional para se autodeterminar e manifestar a sua vontade, ou seja, tem de ter “capacidade para consentir”, sendo este um conceito relativamente recente que tem ganho projeção no domínio da saúde. Assim, “A tutela do doente não se efetiva mediante o respeito de qualquer decisão que ele tome. Para merecer consideração, a escolha tem de ser verdadeiramente autónoma, de corresponder a declaração de vontade livre e esclarecida efectuada por pessoa capaz.”⁵¹.

Neste contexto, assume particular relevância a destrição feita por André Dias Pereira que salienta que capacidade para consentir não se confunde com capacidade negocial, pese embora ambas pertençam à capacidade de exercício. A capacidade negocial (de exercício) diz respeito à capacidade para celebrar negócios jurídicos, por ato próprio ou por representante voluntário, enquanto que a capacidade para consentir consiste na capacidade do sujeito para autorizar intervenções que se repercutem na sua integridade física e psíquica e nos seus direitos de personalidade e para ser responsável pelos seus próprios bens jurídicos, ressaltando-se sempre a possibilidade de que o consentimento pode ser livremente

⁴⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral*, ob. cit., pág. 195. No mesmo sentido, vide ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 1974, pág. 31. SOUSA, Rabindranath Capelo de, *Teoria Geral*, ob. cit., pág. 252. CARVALHO, Orlando de, *Teoria geral*, ob. cit., pág. 194. HÖRSTER, Heinrich Ewald e SILVA, Eva Sónia Moreira da, *A parte geral do código civil português : teoria geral do direito civil*, 2º edição (revista e atualizada), Coimbra, Almedina, 2019, pág. 336. FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, 5ª edição (revista e atualizada), Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009, pág. 133.

⁵⁰ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral*, ob. cit., pág. 195.

⁵¹ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Limites ao exercício*, ob. cit., pág. 42.

revogável como dispõe o art. 81º/2 CC, sem qualquer obrigação de indemnizar, uma vez que, estamos no âmbito de decisões revogatórias relativas a direitos pessoais, contrariamente ao que acontece no âmbito dos negócios patrimoniais⁵².

De facto, seria pouco operante aplicar neste contexto médico, conceitos criados para os negócios jurídicos patrimoniais (como é o conceito de capacidade negocial) que se dedica mais à propriedade, ou seja, aos bens de natureza patrimonial, uma vez que, o que está aqui em causa, verdadeiramente, são bens de natureza pessoal (honra, saúde e a vida) que dizem respeito à pessoa na sua individualidade e cujas decisões referentes a estes bens afetam o próprio direito de personalidade, diferenciando-se dos bens com valor patrimonial⁵³.

Assim, conforme sustenta Orlando de Carvalho, o consentimento tolerante (onde se inclui o consentimento para o ato médico) “não está sujeito (...) aos princípios que regem a capacidade em matéria de negócios jurídicos”⁵⁴.

Em regra, quem tem capacidade negocial de exercício terá também capacidade para consentir. Contudo, note-se, que ter capacidade negocial não significa ter sempre concomitantemente capacidade para consentir⁵⁵. A maioria é apenas um mero elemento indiciador de que aquele sujeito tem capacidade para consentir, mas não nos permite afirmar indubitavelmente que o sujeito tem efetivamente capacidade para consentir, pelo que mesmo que o paciente tenha idade superior a 18 anos, a verdade é que não se prescinde de uma avaliação da sua capacidade de discernimento pelo médico, na qual há uma ponderação de inúmeros fatores sempre atendendo ao caso concreto, pois cada caso reclama uma atenção diferente. Concluímos assim que, o facto de estarmos perante um paciente adulto não é condição suficiente para que se possa afirmar a capacidade para consentir⁵⁶.

A capacidade para consentir é assim um elemento imprescindível para que possamos falar em consentimento informado, podendo-se traduzir no discernimento necessário para tomar decisões que dizem respeito aos cuidados de saúde, para compreender as questões que

⁵² PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 149 e 150.

⁵³ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 148 e 149.

⁵⁴ CARVALHO, Orlando de, *Teoria geral*, ob. cit., pág. 205. HÖRSTER, Heinrich Ewald e SILVA, Eva Sónia Moreira da, *A parte geral*, ob. cit., pág. 338.

⁵⁵ A lei prevê casos em que, pese embora, o sujeito já tenha atingido a maioria, não terá capacidade para consentir, só lhe sendo reconhecida esta capacidade quando completar uma certa idade diferente dos 18 anos. Veja-se art. 10º/1 da Lei nº 3/84 de 24 de Março, segundo a qual “A esterilização voluntária só pode ser praticada por maiores de 25 anos (...)”.

⁵⁶ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 170.

norteiam a intervenção proposta pelo médico e tratando-se de questões de índole puramente pessoal, o paciente deve ter a capacidade de tomar decisões racionais de acordo com os seus valores e informações recebidas, questionar essas informações, exigir esclarecimentos que se afigurem necessários, propor outros tratamentos possíveis, compreender e fazer um juízo sobre os riscos, os custos, os benefícios, os sacrifícios e as vantagens que o próprio tratamento comporta para os seus próprios bens jurídicos mas também as implicações futuras que a intervenção acarretará, não só a nível pessoal mas também profissional.

Resumidamente, seguimos de perto a conceção de Amelung que nos parece ser aquela que descreve melhor quais os elementos constitutivos da capacidade para consentir e podemos dividir o conceito de capacidade em quatro fases: 1) Capacidade de decidir de acordo com o seu sistema de valores, medindo custos-benefícios; 2) Capacidade para perceber os esclarecimento sobre os factos e processos causais, de modo a que possa decidir de forma racional e consciente; 3) Capacidade para compreender as alternativas, ou seja, ponderar outras alternativas possíveis e compreender o alcance das mesmas; 4) Capacidade para decidir tendo em conta a informação que lhe foi prestada pelo médico e formar um juízo sazonado⁵⁷.

Deste modo, para que se possa avaliar se o sujeito tem ou não capacidade, deve ser avaliada a capacidade volitiva, intelectual e emocional do paciente face à exposição feita pelo médico, sendo que as exigências nessa apreciação diferem consoante o tratamento envolva ou não um maior risco e também dependem da personalidade do indivíduo, daí que se fale numa análise casuística, devendo ser uma avaliação adaptada a cada indivíduo e ser minuciosa atendendo às várias especificidades do tratamento, ao caso concreto e à importância da decisão que deve ser tomada e às consequências da mesma.

Uma avaliação da capacidade que se prolonga durante toda a relação que se estabelece entre médico-paciente, uma vez que, cabe ao médico reavaliar a capacidade do paciente periodicamente. Há, inclusive, situações que podem suscitar um maior estado de alerta por parte do médico para reavaliar esta capacidade, tais como, quando o estado mental do paciente se possa revelar comprometido, quando o paciente recusa de forma veemente um tratamento sem qualquer causa justificativa, quando presta o consentimento para intervenções particularmente agressivas, invasivas e suscetíveis de desencadear graves

⁵⁷ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 154 a 160.

perigos para a sua saúde ou quando sobre o paciente possam incidir fatores que ampliam o perigo de tomada de decisões que se revelem irracionais^{58 59}.

3.2. Respeito pelos bons costumes e pela ordem pública

Na área da medicina (assim como em qualquer relação emergente no âmbito do nosso direito), a intervenção e o respetivo consentimento para a mesma, não pode ser conflitante com os bons costumes que “são uma noção variável, com os tempos e os lugares, abrangendo o conjunto de regras éticas aceites pelas pessoas honestas, corretas, de boa fé, num dado ambiente e num certo momento”⁶⁰ e com a ordem pública que consiste no “conjunto dos princípios fundamentais, subjacentes ao sistema jurídico, que o Estado e a sociedade estão substancialmente interessados em que prevaleçam e que têm uma acuidade tão forte que devem prevalecer sobre as convenções privadas”⁶¹.

Segundo João Vaz Rodrigues, estes conceitos são distintos ainda que os planos possam eventualmente coincidir e “a diferença parece residir no facto de os bons costumes assentarem, por excelência, nos valores morais sociais, ao passo que a ordem pública engloba predominantemente os princípios sociais inderrogáveis fundamentantes do sistema jurídico.”⁶².

Segundo o art. 81º/1 CC “Toda a limitação voluntária ao exercício do direito de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública” e o próprio consentimento do lesado não exclui a ilicitude do ato médico quando este seja contrário aos bons costumes ou uma proibição legal, como resulta do art. 340º/2 do CC. Também o art. 280º/2 do CC (aplicável por remissão do art.295º do CC) dispõe que, o negócio que seja contrário à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes é nulo. No Código Penal, o art.38º/1 dispõe que, “(...) o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes.”.

⁵⁸ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, pág. 167 e 168.

⁵⁹ No que diz respeito à falta de capacidade para consentir, André Dias Pereira, defende a aplicação de um regime de invalidade mista. PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 178 a 180.

⁶⁰ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral*, ob. cit., pág. 559. SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, 1ª edição (Reimpressão), Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pág. 411, nota 1039.

⁶¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral*, ob. cit., pág. 557 e 558.

⁶² RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 261.

Concluimos assim, que a boa-fé deve nortear sempre a relação que se estabelece entre médico e doente, recaindo essencialmente sobre os médicos um dever de transmitir informações que sejam pautadas pela veracidade, honestidade e fidedignidade mas também é essencial que a própria intervenção para a qual o paciente presta o seu consentimento não se revele incompatível com os bons costumes e com a ordem pública.

De forma a clarificar melhor esta questão, foi operada uma distinção por André Dias Pereira com recurso às normas do Código Penal, entre intervenções terapêuticas⁶³ que estão sujeitas ao regime das intervenções arbitrárias quando não tenham sido consentidas (art. 150º, 156º e 157º do CP) e não terapêuticas⁶⁴ que, por sua vez, estão sujeitas ao regime das ofensas à integridade física (art. 143º e ss. e 149º do CP).

Nos termos do art. 149º/2 do CP, “Para decidir se a ofensa ao corpo ou à saúde contraria os bons costumes tomam-se em conta, nomeadamente, os motivos e os fins do agente ou do ofendido, bem como os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa.”.

Este preceito e as regras do mesmo relativo aos bons costumes não é aplicável nas intervenções terapêuticas, uma vez que nestas o próprio consentimento do paciente exclui a ilicitude do ato médico e estas não constituem ofensas à integridade física, dado que conforme dispõe o art. 150º/1 do CP, “As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física.”. Ora, se atendermos às exigências deste preceito, isto é, se a intervenção for levada a cabo de acordo com as *leges artis*, for realizada por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, a intervenção for medicamente indicada e tiver uma finalidade terapêutica, então não se poderá dizer que a intervenção levada a cabo de acordo com o disposto no art. 150º CP é violadora dos bons costumes ou da ordem pública defendida pelo

⁶³ A título de exemplo podemos aqui invocar as cirurgias plásticas reparadoras/reconstrutivas, tratando-se de uma intervenção curativa, para o melhoramento da saúde do paciente ou para correção de um defeito congénito ou trauma decorrente de um acidente.

⁶⁴ Como exemplo de uma intervenção não terapêutica podemos apontar a cirurgia plástica estética onde o paciente deseja uma melhoria estética mas parte de um estado saudável, ou seja, a intervenção não é medicamente indicável.

direito civil, ou seja, de acordo com o disposto no próprio preceito já provém o respeito pelos bons costumes⁶⁵.

Por sua vez, o regime parece ser diferente quando estamos perante intervenções não terapêuticas que não estão sujeitas ao art. 150º do CP, devendo estas claramente obedecer aos bons costumes. Como vimos, o art. 149º/2 CP fornece alguns critérios de modo a aferir se estamos ou não perante uma intervenção contrária aos bons costumes, designadamente, “(...) os motivos e os fins do agente ou do ofendido, bem como os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa.”.

Segundo André Dias Pereira, “A fronteira dos bons costumes passa pela distinção entre ofensas ligeiras e graves”⁶⁶. As ofensas à integridade física ligeiras e passageiras, não serão atentatórias dos bons costumes, quaisquer que tenham sido as motivações ou fins que tenham estado na base da anuência por parte do paciente. Contrariamente, podemos concluir que será ofensa grave e atentatória dos bons costumes, aquela com um resultado irreversível e intolerável ou um elevado número de riscos em detrimento de um resultado e, como tal, uma desproporção entre risco-resultado desejado ou quando os próprios meios empregues não sejam adequados, repercutindo-se em sérios riscos para a vida ou consequências sérias e irreversíveis para a saúde^{67 68 69}.

3.3. Cumprimento do dever de informar e esclarecer

Um dos principais deveres do profissional de saúde para que se possa afirmar uma boa prática médica por parte deste é o cumprimento cabal do dever de informação.

As informações prestadas dizem respeito essencialmente ao diagnóstico, à índole, alcance, envergadura e possíveis consequências do tratamento (art.157º do CP), possíveis

⁶⁵ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág.142 e 143.

⁶⁶ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 144.

⁶⁷ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 144. Também Orlando Carvalho dispõe que “O consentimento é irrelevante sempre que há uma desproporção enorme entre o benefício a obter e o risco da atitude médico-cirúrgica, pois nesse caso é contra os bons costumes.”. CARVALHO, Orlando de, *Teoria geral*, ob. cit., pág. 214.

⁶⁸ Veja-se, também neste sentido o art. 71º/4 do CC de Macau, segundo o qual: “A limitação voluntária ao direito à integridade física e psíquica é nula quando, segundo for possível prever, existam sérios riscos de vida ou, salvo justificação ponderosa, dela resultem provavelmente consequências graves e irreversíveis para a saúde do titular.”. Disponível em: <https://bo.io.gov.mo/bo/i/99/31/codcivpt/codciv0001.asp#11t2>.

⁶⁹ André Dias Pereira, alerta para o facto de haver intervenções que apesar de não causarem lesões graves e irreversíveis, devem, ainda assim, ser consideradas violadora dos bons costumes, dando como exemplo as mutilações gratuitas, experiências gratuitas com seres humanos ou tormentos ou torturas sádicas dos doentes. PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 145 e 146.

riscos e benefícios, objetivo, meios, fins e natureza da intervenção, e todas as informações respeitantes ao estado de saúde do paciente. Contudo, não se deve deixar de parte outros aspetos importantes como as alternativas de tratamentos possíveis bem como os seus riscos, efeitos secundários e benefícios respetivos⁷⁰, os honorários, as taxas moderadoras e demais aspetos económicos relacionados com o tratamento, o carácter urgente do tratamento⁷¹, riscos e consequências em caso de recusa da intervenção⁷² e a possibilidade de revogar o seu consentimento sem qualquer imposição formal⁷³.

Estas informações devem ainda ser transmitidas de forma adequada e objetiva em linguagem compreensível por leigos⁷⁴ (Art. 19º/3/4 CDOM), atendendo ao paciente concreto⁷⁵ e o médico não poderá induzir em erro o seu paciente, pelas palavras ou pelo silêncio no que diz respeito à natureza e características da intervenção que se vai efetuar⁷⁶, devendo na transmissão da informação assumir uma atitude neutra, sem influenciar a decisão do paciente⁷⁷.

⁷⁰ A alternativa entre um determinado tratamento ou outro tratamento igualmente razoável não podem ser omitidas ao paciente, ou seja, o médico ao escolher o tratamento que considera ser o mais apropriado, não deixa de ter o dever de informar o paciente sobre as alternativas possíveis a esse tratamento e que sejam igualmente adequadas ao seu problema, bem como também poderá advertir o paciente quando ele opte por um tratamento alternativo que não é o mais adequado e eficaz, expondo os motivos que o levem a não lhe aplicar esse mesmo tratamento. PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 416 a 418.

⁷¹ Nos casos em que a intervenção revista carácter urgente e o paciente se mostre reticente em se submeter à intervenção por motivos pessoais, psicológicos ou financeiros, persistindo com a sua decisão de não se submeter a essa intervenção, o médico poderá incorrer em responsabilidade se não informar o paciente dos riscos e da extrema urgência em intervir o mais rapidamente possível para evitar graves prejuízos para a sua saúde ou vida. PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 416.

⁷² PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit. pág. 419.

⁷³ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 492 e 493.

⁷⁴ Na maioria das vezes, o paciente não entende a linguagem da ciência médica hermética e inacessível. Neste sentido, esta terá de ser afastada precisamente pelo facto de o paciente não compreender verdadeiramente o alcance da informação e os termos técnicos habitualmente utilizados pelos médicos no âmbito da sua profissão. Deste modo, a título de exemplo, em vez de utilizar a palavra “cefalalgia”, deverá dizer “dor de cabeça”. Em suma, a linguagem deve ser clara e simples, não utilizando termos demasiadamente rebuscados e de jargão técnico. PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 457 e 458. DIAS, João Álvaro, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra Editora, 1996, pág. 283. OLIVEIRA, Guilherme de, *Estrutura Jurídica*, ob. cit., pág. 67. OLIVEIRA, Guilherme de, PEREIRA, André Dias, *Consentimento informado*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2006, pág. 37.

⁷⁵ Conforme salienta Guilherme de Oliveira “Em rigor, a necessidade de informação deveria chegar ao ponto de considerar aspectos irrelevantes para o comum dos doentes mas que são importantes para o paciente concreto (padrão subjectivo do doente); esta exigência seria apenas um corolário do propósito básico de obter um consentimento esclarecido do doente concreto que está perante o médico.”. OLIVEIRA, Guilherme de, *Estrutura Jurídica*, ob. cit., pág.67.

⁷⁶ DIAS, João Álvaro, *Procriação assistida*, ob. cit, pág. 283.

⁷⁷ SANTOS, André Teixeira dos, *Do consentimento dos menores para a realização de actos médicos terapêuticos*, in *Revista do Ministério Público*, Ano 30, Nº118, 2009, pág. 129.

No entanto, para que a intervenção se afigure adequada ao problema do paciente em causa e não ponha em risco a sua saúde por este ter omitido informações ao médico sobre determinadas patologias, concluímos que há aqui um dever de informação mútuo, isto é, também o paciente deve informar o médico sobre eventuais problemas de saúde que possam ser relevantes, de modo a que o médico quando presta informações, o possa fazer de forma completa e, subseqüentemente, possa apresentar um correto diagnóstico. Em suma, estamos perante uma “*relação de confiança num encontro de autonomias partilhadas*”⁷⁸, em que durante todo o processo o paciente pode e deve questionar o médico e trocar informações relevantes com o mesmo, assim como o médico o pode fazer, ou seja, estamos perante um “*modelo de participação mútua*”⁷⁹.

Entende-se que a informação é genericamente prestada pelo médico assistente, pelo médico que prescreveu o exame ou preferencialmente pelo médico que vai levar a cabo a intervenção, desde logo porque o médico que irá executar a intervenção estará muito mais informado e inteirado do processo que será prosseguido e, por outro lado, o paciente irá confiar muito mais num médico que sabe que é quem irá realizar a intervenção. No entanto, há ainda a possibilidade de outro médico de equipa, com os devidos conhecimentos em relação àquele caso concreto prestar as informações. Contudo, cabe ao médico que vai conduzir a intervenção, confirmar antes da mesma, se o paciente foi, efetivamente, informado, compreendeu o que lhe foi transmitido e deu o seu consentimento⁸⁰.

No entanto, não poderemos falar de dever de informação sem falar do dever de esclarecimento⁸¹. Conforme preceitua o art.5º do CDHB “Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efectuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido.”. Toda a informação prestada tem de ser cabalmente esclarecida, isto é, o médico tem o dever de confirmar que todas as informações que passou

⁷⁸ PEREIRA, André Dias, *Direitos dos Pacientes*, ob. cit., pág. 57.

⁷⁹ FARIA, Paula Ribeiro de, *O dever de esclarecimento médico nos casos de diagnóstico de doença grave ou incurável ou prognóstico de vida limitado e o art.157º do Código Penal, Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 16, Nº 31 e 32, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, pág. 11 e 12.

⁸⁰ PEREIRA, André Dias, *Direitos dos pacientes*, ob. cit., pág. 415 e 416. RAPOSO, Vera Lúcia, *Do ato médico ao problema jurídico: Breves notas sobre o acolhimento da responsabilidade médica civil e criminal na jurisprudência nacional*, 2ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2015, pág. 236.

⁸¹ Segundo Maria Paula Ribeiro de Faria, no que diz respeito aos estados terminais, quando não haja terapêutica capaz de reverter a situação clínica do paciente ou de propiciar consideráveis melhoras na sua saúde, poderá ser excluído o dever de esclarecimento por parte do médico. FARIA, Paula Ribeiro de, *O dever de esclarecimento*, ob. cit., pág. 21.

para o paciente foram compreendidas pelo mesmo, uma vez que, se não cumprir com este dever nada garante que o consentimento tenha sido realmente esclarecido “embora o médico tenha cumprido aparentemente a obrigação de informar”⁸².

Em suma, o facto de o médico cumprir com o seu dever de informação não o desobriga ao dever de esclarecimento, sendo este um “dever intermédio, sem o qual os deveres de informar e de obter o consentimento ficam esvaziados dos respetivos conteúdos.”⁸³. Assim, o médico deve confirmar sempre que o paciente interpretou corretamente o alcance das palavras que lhe foram transmitidas, de modo a que este possa tomar uma decisão voluntária, suficiente esclarecida e consciente de acordo com as suas capacidades volitivas, intelectuais e emocionais e de acordo com aquilo que considera ser o melhor para si, sendo que esta decisão deve ser respeitada pelo médico, uma vez que, o paciente deve ser encarado como “senhor do seu próprio corpo”⁸⁴.

Segundo João Vaz Rodrigues, deste processo de recíproca troca de informações e esclarecimentos podemos então destacar 7 fases: (1) prestar toda a informação de forma clara e perceptível ao paciente; (2) deve-se esclarecer sobre todas as dúvidas e receios; (3) depois de esclarecido o paciente dá o seu consentimento livre e esclarecido; (4) procede-se à intervenção; (5) haverá lugar, mais uma vez à informação por parte do médico; (6) convalescença; (7) mesmo depois da convalescença o paciente tem direito a toda a informação relevante sobre o seu estado ou necessidade de submeter a outros tratamentos futuros⁸⁵.

Deste modo, verificamos que este processo dialogal está presente em toda a relação médico-paciente, não se esgotando apenas na fase inicial que se antecede ao tratamento, perdurando mesmo depois da convalescença, isto porque do tratamento podem surgir sequelas, perturbações ou outras consequências ou mesmo a necessidade de novo tratamento e, subsequentemente, o médico terá de prestar novamente informações e esclarecimentos e obter o consentimento.

No caso de crianças, as informações devem ser transmitidas aos seus representantes legais mas entende-se que, ainda assim, deve-se prestar à criança, que está num processo de

⁸² OLIVEIRA, Guilherme de, *Estrutura Jurídica*, ob. cit., pág. 68.

⁸³ RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 242.

⁸⁴ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 56.

⁸⁵ RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 28.

desenvolvimento da sua autonomia, informações relativas, essencialmente, ao impacto positivo que a intervenção terá na sua saúde e não às especificidades técnicas que carecem de uma capacidade dedutiva, de ponderação e reflexão que, muitas vezes, uma criança ainda não tem. A linguagem deve também ser clara e simples, de modo a que a criança compreenda o propósito da intervenção, tendo sempre como elemento norteador a sua vulnerabilidade e dando-lhe tempo para que faça as suas questões. No caso de adolescentes, estes, na maioria das vezes, devem ser tratados quase como adultos, reconhecendo-lhes competência para formular juízos de acordo com a informação e perceber a importância do tratamento e as suas implicações para a saúde. Entende-se que, regra geral, já são capazes de tomar decisões conscientes, livres e ponderadas⁸⁶.

Inerente ao próprio dever de informar está o dever de segredo dos médicos, que desencadeia uma maior confiança no médico por parte do paciente, reservando a intimidade da vida privada deste. Assim, o paciente pode não querer partilhar a informação com a sua família, vetando a revelação de informações aos seus familiares e garantindo o seu direito à confidencialidade.

Contrariamente a estas informações iniciais que antecedem o tratamento e que são mais pessoais e delicadas em que o doente pode optar por guardar para si, existem informações intituladas de “esclarecimento terapêutico” que, na maioria das vezes, tem de ser prestadas aos familiares por se tratarem de informações relativas a prescrições ou para que o paciente se prepare para uma intervenção diagnóstica ou curativa, ou aconselhamentos sobre determinadas medidas a tomar, perigos evitáveis e sobre a medicação, havendo aqui sempre uma necessidade de ajuda e auxílio por parte da família⁸⁷.

Em suma, quando falamos em autodeterminação nos cuidados de saúde, isso não significa apenas que o paciente consinta ou recuse uma intervenção, é necessário que tenha também “todos elementos de análise sobre as possibilidades de tratamento possíveis, no domínio médico, cirúrgico e farmacêutico. Em outras palavras, mesmo com a obtenção do válido e regular consentimento informado, se este não é resultante de uma escolha

⁸⁶ VALE, Maria do Carmo e OLIVEIRA, Guilherme de, *Consentimento informado em menores*, pág. 3. Disponível em: <https://www.ceic.pt/documents/20727/57508/Consentimento+Informado+em+Menores/3e12fb83-7a05-4632-baf3-f1a885fb23a5>

⁸⁷ OLIVEIRA, Guilherme de, PEREIRA, André Dias, *Consentimento*, ob. cit., pág. 23. RAPOSO, Vera Lúcia, *Do ato médico*, ob. cit., pág. 215.

esclarecida, está sujeito aos riscos decorrentes da própria imprevisibilidade inerente à atividade médica.”⁸⁸. Quando o médico não cumprir com o seu dever de informar e esclarecer, entende-se que a sanção deve ser a invalidade^{89 90}.

3.3.1. Exceções ao dever de informar e esclarecer

3.3.1.1. Privilégio terapêutico

Segundo o art. 157º *in fine*⁹¹, o médico poderá não revelar informações, quando as mesmas possam ser suscetíveis de, ao serem conhecidas pelo paciente, constituírem perigo para a sua vida ou causar graves danos à sua saúde, física e psíquica, ou seja, a comunicação de certas circunstâncias pode ser ocultada aos pacientes quando haja motivos para crer que esta informação, em vez de efeitos positivos, poderá causar danos negativos⁹². Face ao exposto, concluímos que o instituto do privilégio terapêutico foi acolhido terminantemente pela lei penal portuguesa, tendo em vista proteger o direito à integridade física e saúde do paciente⁹³. Costa Andrade em anotação ao art. 157º CP afirma que, “o privilégio terapêutico visa evitar colocar o médico na situação contraditória de: poder ser condenado por não esclarecer; e, ao mesmo tempo, poder ser também condenado pelos danos desencadeados pelo esclarecimento.”⁹⁴.

No entanto, após a Reforma do CP de 1995 e da ratificação da CDHB, passou a fazer-se uma leitura e aplicação bastante restritiva deste preceito. Em primeiro lugar, os médicos apenas se poderão fazer valer do instituto do privilégio médico nas intervenções terapêuticas abrangidas pelo art.150º do CP e em prol deste raciocínio joga não só o elemento sistemático

⁸⁸ DANTAS, Eduardo, *Diferenças entre o consentimento informado e a escolha esclarecida, como excludentes de responsabilidade civil na relação médico x paciente*, *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa De Direito da Saúde*, Ano 4, Nº 8, Coimbra Editora, 2007, pág. 128.

⁸⁹ A invalidade “provém de uma falta ou irregularidade dos elementos internos (essenciais, formativos) do negócio (...) resulta de vícios ou de deficiências do negócio, contemporâneos da sua formação.”. PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral*, ob. cit., pág. 615.

⁹⁰ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 176 a 178. MARTINS, Rosa Cândido, *A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Coimbra, Coimbra editora, 2004, pág. 804.

⁹¹ O privilégio terapêutico encontra-se igualmente positivado no Art. 25º/2 *in fine* e 40º/4 do CDOM, Artigo 3º/2 da Lei nº 12/2005, de 26 de Janeiro, pág. 6 da Norma 015/2013 da DGS e Ponto 7/b) da Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Paciente.

⁹² João Vaz Rodrigues, define privilégio terapêutico como “a faculdade de actuação médica, perante situações de mal iminente ou consequente, sem que previamente se prestem as informações devidas ao esclarecimento do paciente (...)”. RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 279.

⁹³ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 460.

⁹⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte especial*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pág. 639.

mas também o argumento teleológico⁹⁵. Outro argumento que justifica uma aplicação restritiva deste preceito reporta-se ao facto de a CDHB ter dado pouco relevo a este instituto, não o prevendo expressamente e limitando-se a fazer apenas uma pequena menção indireta no seu art. 10º/3 e com carácter meramente facultativo⁹⁶. Por outro lado, a intervenção sem a devida informação só é considerada legítima quando a intervenção terapêutica se revele de grande utilidade e esteja em causa um risco para a vida ou grave dano para saúde física e psíquica do paciente^{97 98} e não uma simples perturbação emocional como a ansiedade^{99 100}.

Cumpramos frisar que, quando falamos em privilégio terapêutico, não se está a apelar a um direito à mentira por parte do médico, nem se trata de encorajar o médico a omitir informações importantes de modo a evitar que o paciente dificulte a intervenção ou que este fique receoso e acabe por desistir da mesma ou de colaborar com o médico¹⁰¹.

Em suma, estamos perante casos em que o médico se poderá afastar do rigor do dever de informar e esclarecer sempre que as revelações se possam repercutir em manifestações físicas e emocionais excessivamente violentas e agressivas para o doente vulnerável, não incorrendo o médico em responsabilidade, uma vez que, há aqui “um nítido *favor vitae vel salutis*, perfeitamente consentâneo com a dignidade da pessoa humana, de que, aliás, é

⁹⁵ Conforme salienta André Dias Pereira, “(...) perante uma intervenção não terapêutica não se afigura provável que o esclarecimento de determinado risco ou consequência acarrete perigo para a vida ou grave dano à saúde, física ou psíquica do paciente.” PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 465. No mesmo sentido, RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 62.

⁹⁶ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 463.

⁹⁷ Na anterior redação o art.159º fazia referência a circunstâncias que fossem suscetíveis de “provocar perturbações comprometedoras da finalidade visada.”

⁹⁸ Como exemplo, podemos apontar o caso de um paciente que teve um enfarte de miocárdio, devendo ser poupado a tudo aquilo que o possa transtornar e a emoções fortes, pelo que, se durante a realização dos exames e do seu diagnóstico, lhe for detetada uma doença grave ou qualquer outra patologia, o médico deverá abster-se de revelar esta situação, sob pena de o paciente sofrer novamente complicações. PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 467, nota 1065.

⁹⁹ Conforme salientam Guilherme de Oliveira e André Dias Pereira, a ansiedade ou o stress que se podem desencadear por força das informações podem constituir um dano mas, em regra, não se apresentam como suficientes para que se possa omitir informações. OLIVEIRA, Guilherme de, PEREIRA, André Dias, *Consentimento*, ob. cit., pág. 27.

¹⁰⁰ Nas palavras de Paula Ribeiro de Faria, “Segue-se aqui uma regra de proporcionalidade, utilizada em geral como fundamento do direito de necessidade, pelo que não basta que esteja em causa uma notícia que desafie os limites da capacidade psicológica do doente, sendo necessário que face ao caso concreto, ao diagnóstico, e à sua personalidade, o médico conclua objectivamente que ele se pode vir a suicidar (...) ou a sofrer de um ataque cardíaco fulminante dados os seus antecedentes clínicos”, sendo que, segundo a autora “A regra da proporcionalidade e o direito de necessidade pode levar a afastar o dever de comunicação da doença também nos casos em que o médico tenha fundadas suspeitas de que estão em perigo bens jurídicos de terceiros, como a família do doente que ele ameaça matar caso lhe seja diagnosticada determinada doença.” FÁRIA, Paula Ribeiro de, *O dever de esclarecimento*, ob. cit., pág. 23 e nota 49.

¹⁰¹ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 466 e 467. FÁRIA, Paula Ribeiro de, *O dever de esclarecimento*, ob. cit., pág. 23.

tributário, pois de outra forma verificar-se-ia uma hetero-colocação em perigo do paciente pela ordem jurídica através do próprio médico, o que seria insustentável”¹⁰². Conforme salienta João Vaz Rodrigues “(...) o privilégio médico transcende a proteção da liberdade e da autonomia do paciente porque justifica a preferência pela proteção da saúde e da vida quando estes valores concorram ou colidam com aqueles.”¹⁰³.

No entanto, a utilização deste instituto deve ser evitada ao máximo, devendo assim a sua aplicação ser reservada para casos onde se afigure realmente imperioso, como quando estão em causa certas doenças psiquiátricas ou cardíacas onde, verdadeiramente, a condição do paciente se agrave com as informações prestadas¹⁰⁴. É pois necessário haver especial moderação, de modo a evitar que os médicos recorram a este limite desnecessariamente, renunciando sem causa justificativa ao seu dever de informar, pois caso contrário estaríamos a recuar aos tempos condenáveis onde vigorava o antigo paternalismo hipocrático.

3.3.1.2. O direito a não saber

Atendendo à natureza do ser humano, somos tentados a afirmar que a generalidade das pessoas tem sempre a ânsia de saber todos os aspetos que norteiam a sua saúde, de maneira a estarem conscientes do seu estado. No entanto, atualmente, há casos em que muitas pessoas conscientemente optam por exercer o seu direito a não obter, total ou parcialmente, certo tipo de informação sobre a sua saúde e mesmo nestes casos, não poderemos deixar de afirmar que ao exercer o seu direito a não saber, recusando esclarecimentos, estão também a exercer o seu direito à autonomia, integridade e autodeterminação pessoal, o direito à reserva da vida privada e o seu direito ao livre desenvolvimento de personalidade¹⁰⁵. Conforme afirmam Tom L. Beauchamp e James Childress, existe uma obrigação fundamental de garantir que os pacientes tenham o direito de escolha, assim como o direito de aceitar ou recusar

¹⁰² RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade civil por erro médico: Esclarecimento/ Consentimento do doente*, Revista Jurídica Digital, Ano 1, Nº1, Data Venia, 2012, pág. 22 e 23.

¹⁰³ RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 281 e 282.

¹⁰⁴ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 467.

¹⁰⁵ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 470. No mesmo sentido, FARIA, Paula Ribeiro de, *O dever de esclarecimento*, ob. cit., pág.19. SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O Direito Geral*, ob. cit., pág. 272 a 274. NUNES, Rui, *Consentimento informado*, ob. cit., pág. 127 e 128. RAPOSO, Vera Lúcia, *Do ato médico*, ob. cit., pág. 236. Nas palavras de João Vaz Rodrigues, “Este direito a não saber resulta do direito de autodeterminação, como uma manifestação do respeito pelas decisões livres de uma pessoa.”. RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 362.

informações, sendo que, a informação forçada e a escolha forçada são geralmente inconsistentes com esta obrigação¹⁰⁶.

O paciente pode assim renunciar à informação, o que significa que não será necessário haver esclarecimentos por parte do médico, designadamente, quando o paciente comunica ao médico que concordará com tudo que ele venha a decidir ou que, simplesmente, tem preferência pelo não conhecimento da gravidade do seu estado de saúde¹⁰⁷. Nas palavras de Paula Ribeiro de Faria “O doente renuncia ao esclarecimento quando declara ao médico que não quer “saber de nada” e que ele pode fazer o que entender que é melhor para ele.”, sustentando que esta recusa se pode verificar por várias razões tais como, “em nome da confiança depositada no médico, pelo receio em confrontar-se com a verdade, pelo próprio temperamento do doente (...)”¹⁰⁸.

Este direito a não saber está expressamente previsto no art. 10º/2 da CDHB e no art. 25º/3 do CDOM, devendo esta vontade do paciente ser respeitada e podendo esta renúncia ser expressa ou tácita, mas devendo ser sempre clara e inequívoca¹⁰⁹.

Assim, para que haja esta renúncia à informação, é necessária uma recusa informada e consciente, isto é, o paciente deve ter, pelo menos, um conhecimento generalizado, de modo a que tenha consciência das implicações que este “direito a não saber” comporta e as consiga apreciar e avaliar com maturidade.

Nas palavras de André Dias Pereira, um dos problemas fundamentais deste direito é precisamente “o conhecimento da possibilidade do conhecimento”, uma vez que “só estando ciente da possibilidade de conhecer determinadas informações, pode o sujeito autodeterminar-se no sentido de as recusar.”¹¹⁰. Não se trata aqui de uma recusa com total informação, mas sim de uma informação básica que permita ao paciente, dentro do leque de conhecimentos em questão, ter um conhecimento abstrato e pesar devidamente os riscos do não conhecimento¹¹¹, devendo este direito a não saber de informações, ser documentado em

¹⁰⁶ BEAUCHAMP, Tom L., CHILDRESS, James F., *Principles*, ob. cit., pág. 107.

¹⁰⁷ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 468.

¹⁰⁸ FARIA, Paula Ribeiro de, *O dever de esclarecimento*, ob. cit., pág. 20. André Dias Pereira destaca como domínios mais relevantes de aplicação deste instituto o das análises de provas genéticas, o diagnóstico pré-natal e o teste da SIDA. PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 468, nota 1069.

¹⁰⁹ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 468.

¹¹⁰ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 469. No mesmo sentido, RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 362.

¹¹¹ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 469. RAPOSO, Vera Lúcia, *Do ato médico*, ob. cit., pág. 236.

processo clínico, não desobrigando o médico de ao longo do processo ir relembando o paciente de que este tem o direito a ser informado, ou seja, o profissional de saúde deve-se certificar que este direito a não saber se prolonga no tempo, uma vez que, o paciente pode mudar de ideias e é necessário averiguar se a vontade do paciente se mantém¹¹². Ressalve-se, no entanto, que nestes casos em que o paciente exerce o seu direito a não saber, o Ponto 6 da Carta dos Direitos e Deveres dos Doentes dispõe expressamente que, “O doente pode desejar não ser informado do seu estado de saúde, devendo indicar, caso o entenda, quem deve receber a informação em seu lugar.”.

No entanto, tal como o dever de informar, este é um direito que também pode sofrer algumas restrições, previstas no art. 10º/3 e 26º do CDHB, quer sejam no interesse do paciente, informando-o da possibilidade de contrair uma doença grave, para que realize certos tratamentos ou adote certos comportamentos ou medidas para a prevenir, quer seja para a proteção de terceiros, informando-o de uma doença que possa acarretar consequências para a vida ou integridade física de terceiros, como por exemplo, doenças infectocontagiosas como é o caso da SIDA ou da tuberculose, já que nestes casos o direito a não saber gera um risco insustentável de contágio humano e é necessário informar para evitar a transmissão desses potenciais perigos que podem prejudicar fortemente outras pessoas¹¹³.

Por fim, importa ainda ressaltar que à semelhança do privilégio terapêutico, o direito a não saber também não poderá ter lugar quando estejam em causa intervenções sem finalidade terapêutica¹¹⁴.

¹¹² FARIA, Paula Ribeiro de, *O dever de esclarecimento*, ob. cit., pág. 21, nota 41.

¹¹³ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 471. Nestes casos que envolvem riscos para terceiros, no caso de o doente se recusar mesmo assim a saber, Paula Ribeiro de Faria, diz-nos que o cerne da discussão passará para o âmbito do dever de segredo médico, que poderá ser violado se “ele tiver um dever de garante imposto pela lei ou por um contrato relativamente a terceiros em risco” e segundo o art. 33º/2 do CDOM, “Sendo a preservação da vida um valor fundamental, deverá o médico, em circunstância em que um doente tenha um comportamento que traga um risco real e significativo para a vida ou perigo grave para a saúde de outra pessoa, tentar persuadi-lo a modificar o seu comportamento, nomeadamente declarando que de outro modo irá revelar a sua situação às pessoas interessadas. Se o doente não modificar o seu comportamento, apesar de advertido, o médico deve informar as pessoas em risco, caso as conheça, após comunicar ao doente que o vai fazer.”. FARIA, Paula Ribeiro de, *O dever de esclarecimento*, ob. cit., pág. 21 e nota 40. DIAS, João Álvaro, *Responsabilidade*, ob. cit., pág. 29 a 31.

¹¹⁴ FARIA, Paula Ribeiro de, *O dever de esclarecimento*, ob. cit., pág. 21.

4. Exceções ao dever de obter o consentimento informado

4.1. Os casos de urgência médica e alargamento da intervenção

Pese embora, o consentimento informado seja a regra, esta comporta exceções e uma delas reporta-se precisamente aos casos de urgência que se traduzem em situações onde se revela impossível obter, em tempo útil, o consentimento do paciente lesado.

Ora, facilmente compreendemos que quando a demora na intervenção médica se possa repercutir num grave perigo para a vida ou para a saúde do paciente ou leve a um agravamento da mesma, o dever de informar e o de obter o consentimento devem ser abdicados e o médico deve prestar imediatamente os tratamentos adequados e necessários¹¹⁵. O próprio art.8º do CDHB parece ir nesse sentido ao dispor que, “Sempre que, em virtude de uma situação de urgência, o consentimento apropriado não puder ser obtido, poder-se-á proceder imediatamente à intervenção medicamente indispensável em benefício da saúde da pessoa em causa.”¹¹⁶. Também o art. 156º do CP no que diz respeito às intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários dispõe no seu nº2/a) que o facto não é punível quando o consentimento “só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde.”.

Com efeito, o próprio art. 284º do CP pune com pena de prisão até 5 anos, “o médico que recusar o auxílio da sua profissão em caso de perigo para a vida ou de perigo grave para a integridade física de outra pessoa, que não possa ser removido de outra maneira.”, ou seja, “recai sobre o médico um verdadeiro dever legal e deontológico de assistência à pessoa que se encontra em perigo, sendo tal omissão passível de procedimento criminal.”¹¹⁷.

¹¹⁵ Esta exceção à obtenção do consentimento informado não se reporta às intervenções que sejam desnecessárias/não terapêuticas/irreversíveis, como é o caso de uma cirurgia plástica estética, uma vez que, esta não se justifica pelo seu carácter urgente, ou seja, tratam-se de intervenções que da sua irrealização ou procrastinação não impulsiona um perigo para a vida ou saúde. André Dias Pereira reforça, inclusive, aquando da referência à teoria dos riscos significativos que, quanto mais “desnecessária” é a intervenção, mais rigorosa e detalhada deve ser a informação, devendo ser extrema por exemplo, nas cirurgias estéticas que é tida como uma intervenção não terapêutica. PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 398 e 564. No mesmo sentido, OLIVEIRA, Guilherme de, PEREIRA, André Dias, *Consentimento*, ob. cit., pág. 69.

¹¹⁶ No mesmo sentido, cfr. ponto 8 da Carta dos Direitos e Deveres dos Doentes e Art. 4º/6 do CDOM.

¹¹⁷ DIAS, João Álvaro, *Procriação assistida*, ob. cit., pág. 226 e 227, nota 13.

Assim que possível, o médico não ficará desobrigado de informar o paciente de todas as intervenções que efetuou e das suas consequências e deverá pedir o consentimento do paciente para futuros tratamentos que se revelem necessários¹¹⁸.

Contudo, importa ressaltar que a vontade do paciente não é totalmente desconsiderada ou ignorada só porque no momento não a pôde manifestar dando o seu consentimento, pois segundo a parte final do art. 156º/2¹¹⁹, é essencial para que o médico prescindia do consentimento e para que a intervenção não seja punida que não se verifiquem “circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.”, pois, caso contrário, o médico em respeito pela autonomia do paciente, não deverá realizar a intervenção. Conforme frisa André Dias Pereira, “Os princípios do consentimento presumido (máxime, o respeito pela vontade hipotético-conjectural), devem, pois, ser respeitados nesta sede.”¹²⁰. Em suma, se o médico estiver suficiente convencido que o paciente não quererá receber aquele tratamento ou se o doente possuir um testamento vital onde conste a recusa do tratamento¹²¹, o médico deverá abster-se de realizar a intervenção respeitando a sua vontade, mesmo que dessa privação resulte consequências graves¹²².

A estas situações acrescem aquelas que estão previstas no art. 156º/2/b) do CP. Esta norma legitima a intervenção sem o consentimento quando este “Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde.”¹²³. Facilmente compreendemos que o médico esteja legitimado para proceder à expansão da intervenção, uma vez que, ainda que o médico deva prestar todas informações e prever possíveis complicações que possam advir, a verdade

¹¹⁸ OLIVEIRA, Guilherme de, PEREIRA, André Dias, *Consentimento*, ob. cit., pág. 69.

¹¹⁹ No mesmo sentido, art.22º/a) do CDOM.

¹²⁰ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 563.

¹²¹ Cfr. art. 6º/1 da Lei nº 25/2012, de 16 de Julho.

¹²² PEREIRA, André Dias, *Direitos dos Pacientes*, ob. cit., pág. 522.

¹²³ Wolfgang Frisch, relata um caso que foi submetido ao Tribunal Federal Alemão, segundo o qual o médico obteve o consentimento do paciente para a realização de uma operação para erradicar um tumor no útero. Contudo, já no decurso da operação revelou-se imperioso retirar o útero na sua totalidade. Essa informação não foi fornecida ao paciente pelo que o procedimento era não consentido. No entanto, por estar em causa um perigo para a vida e saúde do paciente e na impossibilidade de informar o paciente sobre a necessidade de se proceder à expansão da operação e de se obter o seu consentimento, a conduta do médico foi considerada legítima com fundamento no consentimento presumido que funciona como fator de exclusão da responsabilidade. O próprio tribunal alemão propugnou este entendimento por ser inexigível ao médico conduta diversa, considerando o alargamento da operação coberto pelo consentimento presumido. FRISCH, Wolfgang, *Consentimento e consentimento presumido nas intervenções médico-cirúrgicas*, in *Revista Portuguesa da Ciência Criminal*, Ano 14, Nº 1 e 2, Coimbra Editora, 2004, pág. 110 a 113.

é que muitas das manifestações do próprio corpo humano são imprevisíveis e podem ser detetadas em virtude de se ter intervindo por outro motivo.

No entanto, importa salientar que o direito português “não exige que o perigo seja grave ou iminente. Porém, exige, ainda assim, que o alargamento da operação vise evitar um perigo para a vida, corpo ou saúde. Assim, não será admissível que, com base num potencial perigo para o corpo ou para a saúde, o médico realize uma intervenção não urgente ou que, pelo menos, possa razoavelmente aguardar pelo consentimento informado do paciente.”¹²⁴.

Por fim, cumpre frisar que também nestas situações para que o facto não seja punível é necessário que “não se verifiquem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.”.

4.2. Autorizações Legais

As autorizações legais têm na sua base a proteção dos direitos e interesses da comunidade de que cada sujeito em particular faz parte, ou seja, são vistas como medidas, tratamentos ou restrições essenciais para a proteção da saúde pública e segurança pública, prevalecendo a proteção destas sobre certos direitos fundamentais como o direito à livre determinação do sujeito e à sua integridade física. Assim, sempre que estamos perante estas autorizações, o médico pode licitamente proceder à intervenção sem necessidade de obter o consentimento, ou seja, a intervenção será realizada independentemente da vontade do visado¹²⁵.

Citando Capelo de Sousa “tanto o direito à integridade corporal como o direito de autodeterminação corporal, na hierarquia dos interesses legais, cedem face a interesses sociais preponderantes, particularmente nas áreas da saúde pública, da justiça e da defesa nacional, que impõem certas condutas corporais (...)”¹²⁶.

Assim, o estado deve propiciar e estimular uma participação de cada pessoa ativa e responsável no destino da própria vida em comunidade e “Nenhum direito deve ser tomado como absoluto, havendo que fazer uma leitura integrada dos vários preceitos constitucionais

¹²⁴ PEREIRA, André Dias, *Direitos dos Pacientes*, ob. cit., pág. 521.

¹²⁵ O fundamento legal principal destas autorizações legais encontra-se no artigo 26º/1 do CDHB, Artigo 5º/1/e) e 8º/2 da CEDH e artigo 64º da CRP.

¹²⁶ SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O Direito Geral*, ob. cit., pág. 226 e 227.

consagradores de direitos fundamentais, a fim de permitir, na prática, uma sã convivência entre estes.”¹²⁷.

Em suma, as autorizações legais podem justificar “ações médicas que, embora portadoras de uma finalidade mais ou menos direta de terapia ou diagnóstico, estão primordialmente pré-ordenadas à promoção de interesses jurídicos supra-individuais, no contexto da prevenção de epidemias, doenças contagiosas, vacinações obrigatórias e casos análogos. O mesmo valendo para os tratamentos compulsivos impostos a pessoas com determinados estatutos profissionais ou integradas em instituições como a prisão.”^{128 129}.

Neste âmbito, podemos referir, a título de exemplo, a situação pandémica que nos assombrou recentemente provocada pela COVID-19, não sendo justo que perante uma pandemia, estando um paciente infetado e com necessidade de ser internado, este se recuse a cumprir as indicações consideradas indispensáveis para a defesa da saúde pública, cabendo ao estado impor certos comportamentos ou abstenção deles para evitar a propagação do vírus¹³⁰. Nas palavras de Carla Amado Gomes “a salvaguarda da autonomia individual, da privacidade, da liberdade, como se preferir, deve procurar-se, mas não a qualquer custo. Nomeadamente, não a custo do sacrifício da própria ideia de vida social, que implica a defesa e realização do interesse coletivo, nas suas várias facetas. A dignidade do ser humano não pode traduzir-se numa exigência incessante de direitos sem quaisquer contrapartidas, sem responsabilidades sociais. A felicidade do indivíduo socialmente integrado tem um preço: a

¹²⁷ GOMES, Carla Amado, *Defesa da Saúde Pública vs. Liberdade Individual: Casos da vida de um médico de saúde pública*, Versão longa da intervenção oral da autora na 6ª edição das Jornadas *Novos Horizontes para a Saúde Pública*, realizadas em Guimarães de 10 a 12 de Março de 1999, pág. 10.

¹²⁸ ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *Consentimento informado-Relatório Final*, Maio, 2009, pág. 41.

¹²⁹ Constituem alguns exemplos de autorizações legais, a vacinação obrigatória (Portaria n.º 19058, de 3 de Março de 1962, Lei n.º 81/2009, de 21 de Agosto e DL n.º81/2009 e n.º82/2009 ambos de 2 de Abril), o regime jurídico da luta contra a doença de Hansen (Lepra) em Portugal (art. 5º/3 e art.6º/1 do DL n.º 547/76, de 10 de Julho, e a Portaria n.º 131/77, de 14 de Março), os testes obrigatórios no âmbito da Medicina do Trabalho no sentido de proteger a saúde e segurança do trabalhador (Art. 19º do CT), o regime do internamento compulsivo em paciente de foro psiquiátrico previsto na lei de saúde mental (art. 8º da Lei nº 36/98, de 24 de Julho) e os tratamentos em reclusos (art. 35º/2 e 3 do Código de Execução de Penas e Medidas Privativas da Liberdade aprovado pela Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro).

¹³⁰ O próprio art. 5º/1/e) do CEDH dispõe que, ninguém pode ser privado da sua liberdade, excetuando-se os casos em que se trata da detenção legal de uma pessoa suscetível de propagar uma doença contagiosa. A aplicação deste preceito pode-se justificar por força do art. 8º/1 e 16º da CRP e permitir assim a detenção legal de doentes suscetíveis de transmitir uma doença contagiosa.

solidariedade, no sentido de assunção dos deveres que lhe advêm da sua integração social”¹³¹.

Em suma, estes tratamentos obrigatórios visam garantir “o direito fundamental à saúde, a nível coletivo e/ou individual, em caso urgente ou protegendo outro direito fundamental, mas sempre em cumprimento de uma norma jurídica ou decisão judicial.”¹³².

No entanto, ainda que a intervenção seja obrigatória, o médico não ficará desobrigado de prestar informações. Segundo Guilherme de Oliveira, o interesse público apenas exige que se retire a faculdade de recusar a intervenção, mas não retira a possibilidade de ser esclarecido sobre a mesma, podendo mesmo este esclarecimento levar a uma melhor aceitação do paciente a ser submetido àquela intervenção que se afigura como obrigatória, uma vez que, quanto mais esclarecido, maior percepção e consciência terá da importância do ato imposto e dos proveitos do mesmo, mesmo que não tenha opção de escolha. Além disso, é precisamente no momento da informação que se terá a oportunidade de conhecer uma eventual contraindicação que diga respeito ao paciente concreto¹³³.

Capítulo II – Menoridade, uma incapacidade em virtude da idade?

1. A criança enquanto “ser em construção” detentor de direitos

O direito das crianças é visto como um novo ramo do direito que tem assumido uma grande importância na nossa sociedade que, por sua vez, deixa de estar centralizada apenas nos interesses do adulto e passa a ter, a par com o Estado, uma preocupação crescente com as crianças e com a dignidade, os direitos e interesses legítimos das mesmas¹³⁴. Mas como podemos definir a criança que é o sujeito ou núcleo central deste recente ramo do direito?

A Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece no seu art. 1º que, “(...) criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo.”. No CC, apesar de verdadeiramente, não se encontrar de

¹³¹ GOMES, Carla Amado, *Defesa da Saúde Pública*, ob. cit., pág. 23.

¹³² RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 290 e 291.

¹³³ OLIVEIRA, Guilherme de, *Estrutura Jurídica*, ob. cit., pág. 68 e 69.

¹³⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *O Direito das Crianças- um novo ramo do Direito*, in *Temas de Direito das Crianças*, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2016, pág. 21.

forma direta uma definição legal de menoridade¹³⁵, este dispõe no seu art.122º que, “É menor quem não tiver ainda completado 18 anos.”^{136 137}.

Segundo Jorge Duarte Pinheiro, “É atualmente hegemónica a conceção de criança como pessoa dotada de direitos próprios, que, pela sua vulnerabilidade, deve beneficiar de regime jurídico especial.”¹³⁸.

No entanto, a história da humanidade tem sido marcada pela luta e emancipação de vários grupos discriminados, marcados por incapacidades resultantes da etnia, do sexo e da nacionalidade, às quais se soma também as incapacidades associadas à idade¹³⁹. Neste sentido, para que possamos entender melhor a conceção de criança/menoridade e a evolução que a mesma registou ao longo dos tempos, importa recordar o pensamento de ilustres filósofos que se debruçaram sobre esta matéria e que influenciaram a civilização ocidental, como é exemplo, Aristóteles e Kant.

Segundo Aristóteles, a criança era caracterizada como um ser imperfeito, irracional e inacabado, sendo a relação entre pais e filhos marcada pela autoridade régia e só quando se atingisse a idade adulta e se tivesse a faculdade de participar na função deliberativa e judicial é que poderíamos falar verdadeiramente em pessoa¹⁴⁰.

¹³⁵ A inexistência de uma definição legal de menoridade também se verifica em França, Alemanha, Espanha, Itália, Bélgica e Suíça, dado que a lei civil também não clarifica em que consiste a menoridade. MARTINS, Rosa, *Menoridade, (In)capacidade e cuidado parental*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pág. 16, nota 12.

¹³⁶ A idade da maioridade foi sofrendo modificações. No direito anterior ao Código de Seabra, a idade em que se reconhecia a passagem da menoridade para a maioridade era fixada nos 25 anos (Ordenações Filipinas, Livro 3.º, Tit. 41, § único, e Tit. 104, § utl.). Em seguida, o Código de 1867, estabeleceu a maioridade aos 21 anos (art. 97º e 311º do Código de Seabra). A idade fronteira assente nos 21 anos manteve-se no Código Civil de 1966. Só com o DL nº496/77 de 25 de Novembro de 1977 é que se passou a falar de maioridade aos 18 anos (art.122º e 130º do CC). MARTINS, Rosa, *Menoridade*, ob. cit., pág. 22 e 23.

¹³⁷ Esta antecipação da maioridade para os 18 anos, à semelhança do que acontece em França, Alemanha, Itália, Inglaterra, Suécia, Dinamarca e Finlândia, teve na sua base várias razões. Uma dessas razões baseia-se no facto de, atualmente, o processo de maturação dos jovens ser mais acelerado e a sua independência também ser maior, em virtude da escolaridade obrigatória ser mais prolongada e da grande influência dos meios de comunicação social e também no facto de assim haver uma equiparação da maioridade civil à maioridade eleitoral, uma vez que, o art. 49º/1 da CRP também estabelece os 18 anos como a idade a partir da qual se atinge a maioridade eleitoral. Por último, esta antecipação deveu-se também à necessidade de incentivar a participação dos jovens na sociedade e estimular um sentimento de responsabilidade. PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral*, ob. cit., pág. 229. MARTINS, Rosa, *Menoridade*, ob. cit., pág. 23 e 24.

¹³⁸ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Limites ao exercício*, ob. cit., pág. 133. AMORIM, Ana, *O consentimento informado de menores: Reflexões*, ob. cit., pág. 118.

¹³⁹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *O Direito das Crianças*, ob. cit, pág. 27.

¹⁴⁰ ARISTÓTELES, *Política*, Editorial Gredos, S.A., Madrid, 1999, pág. 79 a 82 e 152 a 156, *apud* SOTTOMAYOR, Maria Clara, *O Direito das Crianças*, ob. cit, pág. 28.

Platão caracterizava a criança como um ser irascível, ignorante e carecido de sabedoria e racionalidade, defendendo que o menor devia respeitar as ordens dos pais por força da relação hierarquizada que era formada entre ambos, que se caracterizava pela superioridade e poder de domínio dos pais e a obediência dos filhos a estes, rejeitando qualquer estado de igualdade entre eles¹⁴¹.

Já Rousseau reconhecia a criança enquanto sujeito semelhante ao adulto e defendia que a própria infância tinha maneiras de pensar, de ver e de sentir que lhe são muito próprias e valorizava esta etapa do desenvolvimento do ser humano como um momento de descobertas, aprendizagem e humanização. No entanto, defendia a incapacidade dos menores e necessidade de sujeição destes aos adultos para garantir a sua proteção¹⁴².

Por sua vez, Kant foi o filósofo que teve mais influência na ciência jurídica, defendendo que embora as crianças possuíssem direitos morais, não tinham capacidade para obrigar outrem, bem como o poder para exigir o cumprimento desses deveres. Em suma, para Kant, embora se reconhecesse aos menores o estatuto de sujeitos morais, “as incompetências e incapacidades associadas necessariamente à infância fazem com que os direitos das crianças sejam concebidos como meros direitos de proteção e não como direitos políticos e de autodeterminação, negando-se a dimensão da participação e da capacidade natural da criança.”¹⁴³.

Percorridas as teorias de alguns filósofos, concluímos que, as crianças eram vistas como seres não pensantes, desprovidos de capacidade de concretizar uma vontade própria, instáveis, inocentes, incapazes, diminuídos física e intelectualmente, encontrando-se numa posição particularmente desfavorável em relação ao pai que era encarado como ser superior/autoritário/chefe de família que detinha poderes discricionários sobre a criança que, por sua vez, se encontrava numa posição de subordinação, devendo-lhe obediência e respeito.

Ao longo dos tempos foram sendo dados passos largos no sentido de contrariar estas teorias que deixavam a criança numa posição débil e a viam como um ser diminuto e

¹⁴¹ PLATÃO, *A República*, Tradução de Elísio Gala, Guimarães Editores, 2010, Livro IV, 441b, pág. 174, *apud* SOTTOMAYOR, Maria Clara, *O Direito das Crianças*, ob. cit, pág. 28.

¹⁴² ROUSSEAU, Jean Jacques, *Emile ou de L'Éducation*, Vol.I, Livre Second, Paris, pág. 78, *apud* SOTTOMAYOR, Maria Clara, *O Direito das Crianças*, ob. cit, pág. 29 e 30.

¹⁴³ KANT, *A Metafísica dos Costumes*, Tradução de José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, pág. 125, *apud* SOTTOMAYOR, Maria Clara, *O Direito das Crianças*, ob. cit, pág. 31.

começou-se a reconhecer que a situação da criança devia ser melhorada e que as mesmas necessitavam de proteção e cuidados especiais.

O Decreto de 27 de Maio de 1911 assinala, indiscutivelmente, o início do Direito das Crianças português, instituindo os primeiros tribunais de menores e pretendendo implementar um sistema nacional constituído por instituições com ação nas áreas ligadas às crianças e jovens¹⁴⁴. Este decreto, composto por 184 artigos, tinha como finalidade “prevenir não só os males sociais que podem produzir a perversão ou o crime entre os menores de ambos os sexos de menos de dezasseis anos completos, ou comprometer a sua vida ou saúde; mas também de curar os efeitos desses males” e de forma a dar cumprimento a estas finalidades criou a Tutoria da Infância e a Federação Nacional dos Amigos e Defensores das Crianças.

Na década seguinte, o instrumento jurídico internacional onde encontramos a primeira referência a “Direitos da Criança” é a Declaração de Genebra de 1924 que revela a especial atenção e preocupação da comunidade com as crianças, reconhecendo que estas devem ser protegidas sem qualquer discriminação em virtude da raça, nacionalidade ou crença, devendo também ser auxiliadas e colocadas em condições de se desenvolverem de forma normal. Contudo, esta declaração não revestia carácter vinculativo para os Estados Signatários.

Em seguida, a Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro 1948 também estabeleceu no art.1º que, “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”, reconhecendo ainda no seu art. 25º que “A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais.” e que “Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.”.

Volvidos onze anos, a Declaração dos Direitos da Criança (Proclamada pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n.º 1386 (XIV), de 20 de Novembro de 1959), sustenta que “a Humanidade deve à criança o melhor que tem para dar” e reconhece a criança enquanto ser detentor de direitos e liberdades fundamentais.

¹⁴⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Limites ao exercício, ob. cit.*, pág. 13.

Em Portugal, o DL n.º 44288, de 20 de Abril de 1962, aprovou a Organização Tutelar de Menores. Por sua vez, a CRP, no art. 36.º/5 defende que sobre os pais recai o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos e o art.69.º/1 determinada que “As crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral.”. Também o CC, após a Reforma de 1977, estipula no art. 1878.º que “Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens.”, ressalvando, contudo, que os pais devem ter em consideração a opinião do filho nos assuntos familiares e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida, de acordo com a sua maturidade. Decorrido um ano, o DL n.º 314/78 de 27 de Outubro aprova nova OTM e anos mais tarde, o DL n.º189/91 de 17 de Maio, regula a criação, competência e funcionamento das comissões de proteção de menores.

A 20 de Novembro de 1989 (data que foi decretada pela ONU como Dia Universal da Criança), foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas e ratificada por Portugal em 21 de setembro de 1990, a Convenção sobre os Direitos da Criança que consiste no “primeiro instrumento internacional que vem fixar um enquadramento jurídico completo para a proteção dos direitos da criança”¹⁴⁵, trazendo uma moderna conceção de minoridade. Esta convenção foi um marco muito significativo nos direitos dos menores, concedendo-lhes força jurídica internacional e reforçando o estatuto da criança como um ser detentor de direitos e liberdades fundamentais, consagrando o seu direito à autodeterminação e o direito à informação e participação nas decisões que dizem respeito a si mesma¹⁴⁶. Em suma, com esta convenção “(...) as crianças não poderão continuar a deter um papel menor na trama das suas próprias vidas.”¹⁴⁷.

Em Portugal, revestindo particular importância e reforçando e revolucionando igualmente este estatuto e esta preocupação para com a criança, cumpre ainda destacar a Lei de Proteção das Crianças e Jovens em Perigo (Lei n.º 147/99, de 01 de Setembro) e a Lei Tutelar Educativa (Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro).

¹⁴⁵ ALBUQUERQUE, Catarina de, *Os direitos da criança em Portugal e no mundo globalizado: O princípio do interesse superior da criança*, em AA. VV., *Direito das crianças*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pág. 40.

¹⁴⁶ Cfr., designadamente, o art. 12.º e 13.º da CDC.

¹⁴⁷ MATOS, Mafalda Francisco, *O problema da (ir)relevância do consentimento dos menores em sede de cuidados médicos terapêuticos: Uma perspectiva jurídico-penal*, 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pág. 65.

Após a evolução que se foi sentindo ao longo dos tempos no que diz respeito à conceção de criança, estamos então em condições de concluir que, atualmente, “(...) a criança tem personalidade jurídica; é titular de um conjunto de direitos que tende a ser igual ao conjunto que cabe ao adulto; e deve beneficiar de especial tutela perante o adulto, fundada num interesse próprio e superior.”¹⁴⁸.

É assim superada a época em que a relação familiar se caracterizava como uma relação hierarquizada em função da idade e do género, onde o menor era considerado mero sujeito passivo perante os adultos, não podendo exercer quaisquer direitos¹⁴⁹. O modelo autoritário é substituído pelo modelo de família democrático¹⁵⁰ que fornece uma nova conceção de infância, olhando para as crianças como seres dotados de plena dignidade humana e detentores de direitos fundamentais próprios e inalienáveis, permitindo que as mesmas tenham um papel ativo no processo de decisão das questões que lhe dizem respeito de acordo com o seu discernimento e conferindo-lhes, deste modo, espaços de autonomia e de autodeterminação, ao mesmo tempo que promove o seu desenvolvimento físico e intelectual¹⁵¹. A ideia de autonomia constitui assim “o resultado de um “novo olhar” sobre as crianças como pessoas (...)”¹⁵² e o poder absoluto e arbitrário de que o pai era detentor é substituído por um dever de cuidado e respeito para com o filho.

É certo que apesar da evolução registada, a atuação dos pais ainda é marcada por um certo domínio/manipulação e uma dimensão demasiado protecionista aliada a uma justificação que tem na sua base a falta de maturidade do menor, a sua vulnerabilidade e a

¹⁴⁸ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Limites ao exercício*, ob. cit., pág. 14.

¹⁴⁹ É época que esteve presente em Portugal até à Revolução de 25 de Abril de 1974. PINHEIRO, Jorge Duarte, *A tutela da personalidade da criança na relação com os pais*, *Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, *Scientia Iuridica*, Tomo LXIV, N° 338, 2015, pág. 251.

¹⁵⁰ As primeiras palavras que se podem ler no capítulo referente às responsabilidades parentais no CC dizem que “pais e filhos devem-se mutuamente respeito...” (art. 1874º/1). Esta pequena passagem do texto demonstra a revolução que se fez sentir na relação entre pais e filhos. Hoje não se impõe apenas ao filho o dever de respeitar os pais mas sim impõe-se que haja um dever de respeito mútuo. Também a terminologia referente aos cuidados parentais sofreu alterações com a Lei nº 61/2008 de 31 de Outubro, substituindo-se no art. 1877º CC a expressão “poder paternal” por “responsabilidades parentais”. Segundo Maria Clara Sottomayor, “a palavra “poder” “significa “posse”, domínio e hierarquia e, de acordo com a conceção de família atualmente pressuposta pela Constituição e pelo Código Civil, a família deve ser participativa e democrática, bem como baseada na igualdade entre os seus membros e deveres mútuos de colaboração.”. Por sua vez, a expressão “responsabilidades parentais” exprime uma “ideia de compromisso diário dos pais para com as necessidades físicas, emocionais e intelectuais dos filhos/as.”. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, 7ª edição, Coimbra, Almedina, 2021, pág. 25 e 26. Mostrando preferência pela expressão “cuidado parental”, vide MARTINS, Rosa, *Menoridade*, ob. cit., pág. 227.

¹⁵¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *O Direito das Crianças*, ob. cit., pág. 57.

¹⁵² SOTTOMAYOR, Maria Clara, *O Direito das Crianças*, ob. cit., pág. 56.

sua incapacidade, sendo a criança ainda encarada por muitos adultos como um ser frágil que não sabe o que quer, cabendo apenas aos pais decidir o que é melhor para ela. No entanto, esta mentalidade tem sido vencida aos poucos pela legislação que vem surgindo neste campo dedicado ao menor, de modo a haver um certo equilíbrio entre o poder de participação e a gradual e progressiva autonomia do menor e a proteção e intervenção dos pais. Conforme sustenta Jorge Duarte Pinheiro, “As responsabilidades parentais (...) são um instrumento familiar de proteção do filho, no seu percurso de crescimento, separação e individuação. Por isso, em cada etapa da vida da criança, é fundamental encontrar um ponto de equilíbrio entre subordinação e autonomia, integração familiar e diferença.”¹⁵³.

Assim, podemos concluir que a menoridade pode ser definida como a fase da vida do ser humano que dura até aos 18 anos, em que o menor apesar de ser titular e sujeito de direitos é considerado incapaz em termos legais de os exercer, encontrando-se numa situação de particular fragilidade, dependência e carecendo de cuidados especiais, o que obriga necessariamente a que haja por parte do Estado e da sociedade, deveres especiais de proteção. Todavia, apesar de ser incapaz de exercer os direitos de que é titular, esta incapacidade vai paulatinamente desaparecendo, uma vez que, fruto da idade, educação e relacionamento social e familiar, o menor vai ganhando autonomia e vai desenvolvendo as suas faculdades físicas, intelectuais e volitivas e, conseqüentemente, vai ganhando também capacidade para exercer alguns direitos e para fazer escolhas conscientes e racionais em cada fase do seu crescimento. Assim, a sua dependência física e emocional tende a ser menor à medida que a criança vai crescendo. O processo de maturação não é estanque, sendo alvo de uma constante evolução e, por isso, devemos permitir que desde cedo o menor seja um protagonista da sua própria história e projeto de vida e não um mero figurante, ainda que dentro de certos limites. Conforme ressalta Maria Clara Sottomayor, conceder à criança certos espaços de liberdade e autodeterminação à medida que vai crescendo “constitui um treino de cidadania, que se não for exercitado, durante infância, não será exercido, de forma repentina, aos 18 anos.”¹⁵⁴. Assim, a criança começa por tomar pequenas decisões, tais como, o que vestir, com o que brincar e aos poucos o peso e a extensão de tomadas de decisões tornam-se maiores, incluindo decisões como a escolha de religião ou de trabalho.

¹⁵³ PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família contemporâneo*, 7ª edição, Coimbra, Gestlegal, 2020, pág. 278 e 279.

¹⁵⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *O Direito das Crianças*, ob. cit., pág. 58.

Face ao exposto, cumpre agora analisar o regime da (in)capacidade dos menores e a sua extensão, ou seja, analisar em termos genéricos, quais os direitos e vinculações de que os menores podem ser titulares ou que podem exercer e cumprir por si, de forma pessoal e livre. Por outras palavras, importa considerar os efeitos da menoridade nos planos da capacidade de gozo e na capacidade de exercício de direitos.

2. A (in)capacidade dos menores

Na literatura jurídica, a incapacidade do sujeito menor de idade aparece habitualmente como a principal consequência da menoridade¹⁵⁵. As próprias disposições legais apontam nesse sentido. De facto, o art. 123º dispõe expressamente que, “(...) os menores carecem de capacidade para o exercício de direitos.” e a utilização da expressão “Salvo disposição em contrário” e da expressão do art.127º CC, “São excecionalmente válidos, além de outros previstos na lei (...)”, permitem concluir que neste âmbito a incapacidade constitui a regra e a capacidade a exceção.

A incapacidade por menoridade desdobra-se em dois planos: o da (in)capacidade jurídica ou (in)capacidade de gozo e o da (in)capacidade de agir ou (in)capacidade de exercício de direitos. Neste sentido, em primeiro lugar torna-se particularmente relevante saber o que se deve entender por incapacidade. De acordo com os ensinamentos de Rosa Martins, “O conceito de incapacidade obtém-se destacando o perfil negativo do conceito de capacidade”, frisando que o caminho a seguir passa precisamente pelo estudo do conceito de capacidade¹⁵⁶. Quanto a este aspeto, já tivemos oportunidade de expor noutro ensejo alguns conceitos que se revelam de suma importância nesta abordagem e que importa recordar.

Assim, no que diz respeito às pessoas singulares sobre as quais incide o nosso estudo, vimos já que a personalidade jurídica é, seguindo agora as elucidativas palavras de Orlando de Carvalho, a “projeção no Direito (no mundo do normativo jurídico) da personalidade humana.”¹⁵⁷ e apresenta as características da essencialidade, indissolubilidade e da

¹⁵⁵ MARTINS, Rosa, *Menoridade*, ob. cit., pág. 43.

¹⁵⁶ MARTINS, Rosa, *Menoridade*, ob. cit., pág. 45. Segundo Carvalho Fernandes, “À noção de capacidade jurídica contrapõe-se a de incapacidade. À incapacidade podem aplicar-se - em sentido negativo - as várias noções (...) de capacidade e das suas modalidades.” FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral*, ob. cit., pág. 136.

¹⁵⁷ CARVALHO, Orlando de, *Teoria geral*, ob. cit., pág. 190.

ilimitabilidade¹⁵⁸. Por sua vez, a capacidade jurídica consiste na “aptidão para ser titular de um círculo, com mais ou menos restrições, de relações jurídicas - pode por isso ter-se uma medida maior ou menor de capacidade, segundo certas condições ou situações, sendo-se sempre pessoa, seja qual for a medida da capacidade.”¹⁵⁹. Com efeito, a capacidade jurídica enquanto aptidão para ser em concreto¹⁶⁰ titular de direitos e deveres verifica-se igualmente em todos os sujeitos, é inerente à personalidade. Todas as pessoas possuem pelo simples facto de o serem, capacidade jurídica¹⁶¹ e por este motivo, Orlando de Carvalho explica que, a capacidade jurídica é um “instrumento da personalidade qua tale”¹⁶².

No entanto, importa destacar que capacidade e personalidade jurídica são conceitos distintos¹⁶³, pois ao contrário do conceito de capacidade jurídica, a personalidade não é abrangida pela limitação “salvo disposição em contrário” imposta no art. 67º CC¹⁶⁴.

Assim, enquanto que a noção de personalidade jurídica é de cariz qualitativo que não admite graus, a capacidade jurídica é entendida como uma noção de cariz quantitativo, uma vez que, é algo “teoricamente variável de pessoa para pessoa jurídica, de sujeito para sujeito de direito.”¹⁶⁵. Em suma, a capacidade jurídica não se verifica em todos os sujeitos de forma igual, podendo variar segundo certas circunstâncias ou condições, como acontece com os sujeitos menores de idade, aos quais lhes é reconhecida uma capacidade jurídica genérica,

¹⁵⁸ CARVALHO, Orlando de, *Teoria geral*, ob. cit., pág. 191.

¹⁵⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral*, ob. cit., pág. 194.

¹⁶⁰ Orlando de Carvalho caracteriza a capacidade jurídica como um “posse concreto”. CARVALHO, Orlando de, *Teoria geral*, ob. cit., pág. 193.

¹⁶¹ MARTINS, Rosa, *Menoridade*, ob. cit., pág. 50.

¹⁶² CARVALHO, Orlando de, *Teoria geral*, ob. cit., pág. 193.

¹⁶³ Apesar da distinção entre os conceitos de capacidade jurídica e personalidade jurídica ser hoje considerada um dado adquirido na lei (art. 66 e 67º CC) e na doutrina, isso não acontecia na vigência do Código de Seabra que no seu art. 1º identificava o conceito de capacidade com o de personalidade, dispondo que, “Só o homem é suscetível de direitos e obrigações. Nisto consiste a sua capacidade jurídica ou a sua personalidade.”. Também Manuel de Andrade, afirmava nas suas lições que, “São mesmo conceitos idênticos.”. ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral*, ob. cit., pág. 31.

¹⁶⁴ HÖRSTER, Heinrich Ewald e SILVA, Eva Sónia Moreira da, *A parte geral*, ob. cit., pág. 335.

¹⁶⁵ CARVALHO, Orlando de, *Teoria geral*, ob. cit., pág. 193. FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral*, ob. cit., pág. 132 e 133. SOUSA, Rabindranath Capelo de, *Teoria Geral*, ob. cit., pág. 250, 251 e nota 624. HÖRSTER, Heinrich Ewald e SILVA, Eva Sónia Moreira da, *A parte geral*, ob. cit., pág. 335. ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral*, ob. cit., pág. 31.

admitindo-se, no entanto, exceções em razão da idade que se reportam ao plano dos atos puramente pessoais^{166 167}.

Noutro prisma, fala-se de capacidade para o exercício de direitos ou capacidade de agir que consiste- já o dissemos- na capacidade do sujeito para exercer de modo pessoal e livre os direitos ou situações jurídicas de que é titular, sem que para isso haja intervenção de terceiros. Em suma, esta aptidão para agir pessoal e autonomamente pressupõe uma capacidade natural de querer e entender¹⁶⁸.

Ora, de acordo com o art. 123º do CC os menores carecem de capacidade para o exercício de direitos, salvo disposição em contrário, ou seja, o menor apesar de possuir personalidade jurídica e ser titular da generalidade dos direitos, é, em regra, considerado incapaz de os exercer autonomamente e pessoalmente. Deste modo, entende-se que, até o menor completar 18 anos, este encontra-se ferido de uma incapacidade de agir geral,

¹⁶⁶ Falamos, neste âmbito, da incapacidade nupcial, da incapacidade para perfilhar, da incapacidade para testar e ainda da incapacidade de representação dos filhos e administração dos seus bens. Com efeito, não é reconhecida aos menores de 16 anos a aptidão para ser titular do direito a celebrar casamento (art. 1600º e 1601º/a CC), nem para ser titular do direito a perfilhar (art. 1850º/1 CC), também não é reconhecida a aptidão para ser titular do direito a testar aos menores de 18 anos não emancipados (art. 2189º CC) e, por fim, o menor não emancipado também não pode representar o seu filho nem administrar os seus bens (art. 1913º/2 CC). PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral*, ob. cit., pág. 223. FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral*, ob. cit., pág. 264 e 265. HÖRSTER, Heinrich Ewald e SILVA, Eva Sónia Moreira da, *A parte geral*, ob. cit., pág. 344 e 345.

¹⁶⁷ Estes atos configuram uma manifestação da própria personalidade da pessoa que os pratica e como tal, o carácter pessoalíssimo que revestem estes atos leva a que os mesmos, no caso de não poderem ser praticados pelo próprio incapaz também não possam ser praticados por outrem no seu lugar ou em seu nome, ou seja, não podem ser praticados pelos seus representantes legais. Deste modo, as incapacidades jurídicas especiais são insupríveis. PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral*, ob. cit., pág. 222, 231 e 232. MARTINS, Rosa, *Menoridade*, ob. cit., pág. 55. SOUSA, Rabindranath Capelo de, *Teoria Geral*, ob. cit., 253. FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral*, ob. cit., pág. 138. HÖRSTER, Heinrich Ewald e SILVA, Eva Sónia Moreira da, *A parte geral*, ob. cit., pág. 344. ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral*, ob. cit., pág. 33.

¹⁶⁸ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral*, ob. cit., pág. 196.

abrangendo, em princípio, tanto atos de natureza pessoal como atos de natureza patrimonial
169 170

Não obstante, conforme frisa Rosa Martins, o estado civil de menor não corresponde forçosamente a uma situação de incapacidade por menoridade¹⁷¹. Na realidade, pode acontecer que um determinado sujeito, apesar de ser considerado menor de idade, isto é, de não ter completado ainda 18 anos, seja considerado pela lei como um sujeito dotado de capacidade de exercício, como é o caso do menor emancipado pelo casamento (art. 132º, 133º, 1600º e 1601º/a) do CC). Assim, apesar de o sujeito continuar a ser menor, ele adquire através da emancipação pelo casamento¹⁷² equivalência ao maior de 18 anos, deixando de

¹⁶⁹ Assim o ensinam PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral*, ob. cit., pág. 228. FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral*, ob. cit., pág. 265. HÖRSTER, Heinrich Ewald e SILVA, Eva Sónia Moreira da, *A parte geral*, ob. cit., pág. 347. ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral*, ob. cit., pág. 32 e nota 2. PINHEIRO, Jorge Duarte, *Limites ao exercício*, ob. cit., pág. 21. No entanto, o carácter genérico que é atribuído à incapacidade por menoridade, suscita dúvidas. Oliveira de Ascensão coloca o problema de saber se essa incapacidade se limita apenas aos atos patrimoniais ou se também abrange os atos pessoais. Contudo, o autor acaba por concluir no mesmo sentido que a doutrina tradicional, afirmando que “A intenção da nossa lei, traduzida no art.123, é generalizadora: também actos de carácter pessoal não podem ser praticados.”. ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil- Teoria Geral*, Vol. I, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pág. 188. Por sua vez, Capelo de Sousa parece fazer uma interpretação restritiva do art. 123º CC, reduzindo essa incapacidade apenas a atos patrimoniais e ficando de fora os atos de domínio pessoal ao afirmar que “(...) o art.123.º do Código Civil, (...) refere-se, em primeira linha, à *capacidade negocial* de exercício de direitos.”. SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O Direito Geral*, ob. cit., pág. 170 e 171, nota 259ª. Segundo André Dias Pereira temos de distinguir a capacidade do menor para a prática de atos pessoais e a capacidade para pratica de atos negociais, defendendo que “no que respeita aos atos pessoais, o direito civil sente necessidade de se desviar das normas sobre a capacidade negocial, por forma a respeitar os princípios constitucionais do livre desenvolvimento de personalidade (expressamente previsto no art. 26.º, n.º 1, da Constituição da República) e a autonomia da pessoa humana.”. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pág. 202 e 203. Criticando igualmente o entendimento tradicional da incapacidade geral de agir, *vide* ainda desenvolvidamente, MARTINS, Rosa, *Menoridade*, ob. cit., pág. 99 e ss.

¹⁷⁰ O instituo da incapacidade de agir ou de exercício por menoridade tem uma origem patrimonial, tendo como principal objetivo, em primeiro lugar, a proteção patrimonial do menor incapaz, que é proprietário de bens, e da integridade do património familiar, e, em segunda lugar, a proteção da segurança no tráfico jurídico. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *O Direito das Crianças*, ob. cit, pág. 58. Segundo Rosa Martins, “A incapacidade de agir assinalada à criança e ao adolescente mais não é do que a tradução, no mundo jurídico, da sua incompletude “natural” no âmbito das relações externas e da sua consequente necessidade de proteção.”, sendo a finalidade de proteção do sujeito menor, maioritariamente entendida em termos negativos, ou seja, em termos de impedir que o menor tenha prejuízos pessoais ou patrimoniais. MARTINS, Rosa, *Menoridade*, ob. cit., pág. 91 e 96.

¹⁷¹ MARTINS, Rosa, *Menoridade*, ob. cit., pág. 18. Assinalando igualmente a inexistência de uma total correspondência entre o estado de menor e incapacidade, *vide* FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral*, ob. cit., pág. 257.

¹⁷² O único facto constitutivo da emancipação, admitido entre nós a partir da Reforma de 1977, é o casamento (art.132º). PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral*, ob. cit., pág. 229. FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral*, ob. cit., pág. 259.

ser considerado incapaz¹⁷³ e ganhando assim plena autonomia e liberdade para tomar decisões relativamente à sua vida, reger a sua pessoa e para dispor dos seus bens conforme o disposto no art. 129º, 130º e 133º do CC. Em suma, o emancipado pelo casamento embora seja menor até completar 18 anos passa a ser tratado no que diz respeito a efeitos negociais como se fosse maior¹⁷⁴. O seu estado civil passa assim a ser o de “menor emancipado”¹⁷⁵.

No entanto, importa referir que, apesar de o menor ter alcançado a idade núbil (16 anos) só poderá contrair casamento se for autorizado pelos pais ou pelo tutor ou se a falta de autorização for suprida pelo conservador do registo civil (art. 1604º/a) e 1612º CC). Se o menor obtiver a referida autorização, o menor é emancipado pelo casamento, ganhando plena capacidade de exercício de direitos, em termos equivalentes aos previstos para a maioridade. Caso contrário, faltando a autorização, o menor continua a ser considerado menor quanto à administração dos bens que leve para o casal, bem como em relação àqueles que sejam adquiridos gratuitamente até perfazer 18 anos como decorre do disposto no art. 1649º CC, ou seja, continua a ser incapaz de exercício de tais direitos. No entanto, ressalve-se que, apesar da falta de autorização ou do respetivo suprimento, o casamento continua a ser válido¹⁷⁶, dado que não se verifica nenhum impedimento dirimente que o torne anulável e a emancipação verificar-se-á, uma vez que, segundo o disposto no art. 132º “O menor é, de pleno direito, emancipado pelo casamento” e por força da emancipação pelo casamento (com ou sem autorização), pese embora seja incapaz quanto à administração dos seus bens, acaba por adquirir certas vantagens, como é exemplo, a capacidade para testar conforme decorre do art. 2189º/a) CC.

Ademais, a incapacidade de exercício do menor pese embora seja geral, não é, porém, uma incapacidade total ou absoluta¹⁷⁷, existindo várias exceções à regra instituída pelo citado dispositivo legal sobretudo no domínio pessoal¹⁷⁸, ou seja, há casos em que ao sujeito

¹⁷³ Pode também acontecer o inverso, ou seja, a situação em que um sujeito ainda que seja maior de idade, careça de capacidade para o exercício de direitos, devido ao facto de se encontrar numa situação de incapacidade por interdição ou inabilitação (art. 131º, 138º/2 e 156º CC).

¹⁷⁴ HÖRSTER, Heinrich Ewald e SILVA, Eva Sónia Moreira da, *A parte geral*, ob. cit., pág. 347.

¹⁷⁵ FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral*, ob. cit., pág. 259.

¹⁷⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral*, ob. cit., pág. 228.

¹⁷⁷ FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral*, ob. cit., pág. 265.

¹⁷⁸ Conforme sustenta André Dias Pereira parece que o nosso CC indica duas regras paralelas: uma para os atos jurídicos patrimoniais (art. 123º CC) e outra para os atos jurídicos pessoais onde assume particular relevo o casuísmo, indicando por vezes a idade dos 14 anos, outra dos 16 mas sempre dando ênfase à fase da adolescência. Concluindo ainda que, “No fundo, o elemento literal não nos deve limitar, já que a lei se limita a lançar mão do conceito tradicional de capacidade de exercício de direitos, não querendo afastar a

com idade inferior à da maioridade é reconhecida capacidade de agir, apesar desta faculdade que lhe é reconhecida estar ainda assim, muitas vezes, dependente da observância de uma idade fixa, sendo os 16 anos a idade à qual se faz mais menção. O próprio art. 127º do CC consagra algumas exceções à incapacidade geral de exercício mesmo no âmbito patrimonial.

Em suma, a regra geral continua a ser a de aquisição da capacidade geral de exercício aos 18 anos mas esta é uma regra que sofre importantes desvios, o que nos leva a concluir que a lei flexibiliza a rigidez do princípio da incapacidade por menoridade¹⁷⁹. Conforme salienta Maria Clara Sottomayor, “A menoridade não é vista, pela lei, como um bloco mas como um processo gradual de desenvolvimento, ao longo do qual as crianças vão adquirindo autonomia e capacidade de decisão, sendo admitidas maioridades parciais.”¹⁸⁰. É, pois, neste âmbito que passaremos a analisar, no ponto seguinte, alguns dos direitos para os quais o menor tem capacidade de exercício.

3. O reconhecimento da autonomia progressiva do menor: “Maioridades especiais”

Apesar da regra rígida assente na barreira dos 18 anos através da qual se reconhece a passagem legal da menoridade para a maioridade¹⁸¹, a verdade é que, atendendo ao processo de crescimento e de maturação do menor e à realidade da vida onde a tendência é a de reconhecer ao menor uma autonomia progressiva e uma incapacidade regressiva¹⁸², há casos em que, - como tivemos oportunidade de referir ainda que de forma breve-, a regra instituída no art. 123º do CC conhece algumas exceções, reconhecendo-se desta forma vários campos de autonomia e autodeterminação ao menor de acordo com a sua maturidade, idade e grau

possibilidade de reconhecer o direito ao livre desenvolvimento de personalidade do menor, aliás constitucionalmente imposto pelo art. 26º, nº1, CRP, sobretudo ao nível dos atos pessoais. Os arts. 123º e 139º CC devem, neste sentido, ser interpretados em conformidade com a Constituição.”. PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 166.

¹⁷⁹ MARTINS, Rosa, *Menoridade*, ob. cit., pág. 99.

¹⁸⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *O Direito das Crianças*, ob. cit., pág. 59.

¹⁸¹ RIBEIRO, Geraldo Rocha, *Quem decide pelos menores?*, ob. cit., pág. 106.

¹⁸² RIBEIRO, Geraldo Rocha, *Quem decide pelos menores?*, ob. cit., pág. 111. Conforme salienta Maria de Nazareth Lobato Guimarães, a incapacidade que se verifica nos sujeitos menores de idade é sempre regressiva. Vai diminuindo e desaparecendo à medida que o menor vai crescendo e aprendendo a viver. GUIMARÃES, Maria de Nazareth Lobato, *Ainda sobre menores e consultas de planeamento familiar*, *Revista do Ministério Público*, Ano 3º, Vol. X, 1982, pág. 196.

de desenvolvimento, respeitando igualmente o seu direito ao livre desenvolvimento de personalidade¹⁸³ (art. 26º CRP).

Falamos neste âmbito das exceções às quais Guilherme de Oliveira denominou de “maioridades especiais”¹⁸⁴, que se traduzem num conjunto de ações para as quais as crianças têm plena capacidade de decisão e permitem que esta ganhe uma maior autonomia e independência face ao exercício do poder-dever que é conferido aos representantes legais. Concede-se, deste modo, ao menor, a possibilidade de se “emancipar parcialmente”¹⁸⁵. Neste sentido, importa expor algumas dessas normas que “vêm no menor um cidadão respeitável, com as suas inclinações e o seu feitio peculiar.”¹⁸⁶.

Algumas destas exceções mais significativas em que a ordem jurídica portuguesa reconhece um espaço privilegiado de autonomia ao menor encontram-se plasmadas no nosso CC. Uma das normas mais amplas é o art. 127º CC que dá aos menores plena capacidade de exercício de direitos para atos jurídicos de pequena importância¹⁸⁷, designadamente, os actos de administração ou disposição de bens que o maior de 16 anos tenha adquirido pelo seu trabalho (al.a)), são igualmente válidos os negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposição de bens, de pequena importância (al.b)), bem como os negócios jurídicos

¹⁸³ Com a redação dada pela Lei n.º 1/97, de 20 de Setembro, foi consagrado no art. 26º da CRP o direito ao livre desenvolvimento de personalidade. Segundo o TC o direito ao livre desenvolvimento da personalidade englobava a autonomia individual e a autodeterminação e assegurava a cada um a liberdade de traçar o seu próprio plano de vida. Cfr. Acórdão n.º 288/98, publicado no Diário da República 91/98 Suplemento I-A Série, 18 Abril de 1998 *apud* SANTOS, André Teixeira dos, *Do consentimento dos menores*, ob. cit., pág. 127, nota 17. Em anotação ao art. 69º da CRP, Gomes Canotilho e Vital Moreira, afirmam, inclusive, que uma das dimensões do direito ao livre desenvolvimento de personalidade funda-se precisamente na “consideração da criança, como pessoa em formação (...) cujo desenvolvimento exige o aproveitamento de todas as suas virtualidades.” CANOTILHO, J.J Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pág. 869 e 870.

¹⁸⁴ OLIVEIRA, Guilherme de, *O acesso dos menores aos cuidados de saúde*, in *Temas de Direito da Medicina I*, 2ª edição aumentada, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pág. 240.

¹⁸⁵ RIBEIRO, Geraldo Rocha, *Quem decide pelos menores?*, ob. cit., pág. 111.

¹⁸⁶ OLIVEIRA, Guilherme de, *Protecção de menores/Protecção familiar*, in *Temas de Direito da Família*, 2ª edição aumentada, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pág. 300.

¹⁸⁷ Segundo, Heinrich Ewald HÖRSTER e Eva Sónia Moreira da Silva, “De acordo com a 1ª parte do art.123.º, o artigo 127.º quebra a regra rígida, estabelecida em consideração à segurança do tráfico jurídico, de que a capacidade de exercício só se adquire com a maioridade, ou com a emancipação pelo casamento, conferindo assim alguma flexibilidade àquela solução em sintonia com a evolução do menor”. Tal flexibilização deve-se ao facto de a maturidade e o discernimento do menores que se revelam indispensáveis para a capacidade de exercício de direitos, serem resultado de um processo de evolução gradual. HÖRSTER, Heinrich Ewald e SILVA, Eva Sónia Moreira da, *A parte geral*, ob. cit., pág. 351 e 352.

relativos à profissão, arte ou ofício que o menor tenha sido autorizado a exercer, ou os praticados no exercício dessa profissão, arte ou ofício (al.c)).

O art. 1600º e ss. do CC trata da capacidade negocial de gozo para contrair casamento válido, dispondo a referida norma que, “Têm capacidade para contrair casamento todos aqueles em quem se não verifique algum dos impedimentos matrimoniais previstos na lei.”. Ora, um dos impedimentos dirimentes é a idade inferior a dezasseis anos, o que significa que o menor de idade igual ou superior a 16 anos pode contrair casamento (art.1601º/a CC)¹⁸⁸.

Idêntico limite etário verifica-se quanto à capacidade negocial de gozo para perfilhar já que a lei nos termos do art. 1850º/1/2 CC estabelece que têm capacidade para perfilhar todos os indivíduos com mais de 16 anos e dispõe ainda que, os menores não necessitam, para perfilhar, de autorização dos pais ou dos tutores¹⁸⁹. Também o art. 1886º CC reconhece ao menor com idade superior a 16 anos a liberdade de escolher a sua própria religião e o art. 11º/2 da Lei da Liberdade Religiosa (Lei n.º 16/2001, de 22 de Junho) reforça essa capacidade ao estipular que, “Os menores, a partir dos 16 anos de idade, têm o direito de realizar por si as escolhas relativas a liberdade de consciência, de religião e de culto.”¹⁹⁰. Em suma, o menor acaba por adquirir aos 16 anos a sua “maioridade religiosa”¹⁹¹.

Percorrendo o nosso Código Civil observamos ainda uma norma que estabelece um patamar etário mais baixo do que os que temos vindo a observar, nomeadamente, o art. 488º *a contrario sensu*, que dispõe que os menores com idade superior a sete anos são imputáveis

¹⁸⁸ Antes da reforma de 1977, a idade núbil era 16 anos para os indivíduos de sexo masculino e de 14 para os indivíduos de sexo feminino. Após a reforma, a idade dos nubentes de ambos os sexos passou a fixar-se nos 16 anos, sendo esta alteração motivada não só pelo princípio constitucional da igualdade dos sexos, mas também “pela necessidade de obstar a que, por ter casado em idade muito baixa, a mulher visse comprometidas as possibilidades da sua ulterior formação profissional, o que seria fonte de futuras discriminações.”. COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família, Introdução Direito Matrimonial*, Vol. I, 5ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pág. 295.

¹⁸⁹ As sociedades ocidentais têm se pronunciado a respeito do limite etário assente nos 16 anos que é exigido para casar e perfilhar, defendendo que, a idade dos 16 anos é demasiado prematura para contrair casamento, devendo ser fixada nos 18 anos. Já no que diz respeito à perfilhação, consideram que idêntico limite etário será desajustado e questionável em sentido inverso, uma vez que, poderá suceder que um jovem de sexo masculino com idade inferior a 16 anos tenha um filho e o queira reconhecer de forma voluntária. A este respeito, o Código Civil Espanhol e Alemão já se pronunciaram, permitindo o reconhecimento voluntário da paternidade antes de o menor perfazer os 16 anos, contando que tal ato seja previamente autorizado pelo tribunal com audiência do Ministério Público ou pelos representantes legais. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *O Direito das Crianças*, ob. cit., pág. 24.

¹⁹⁰ Cfr. ainda art. 41º da CRP.

¹⁹¹ MOREIRA, Sónia, *A autonomia do menor no Exercício dos seus direitos*, *Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Scientia Iuridica*, Tomo L, nº 291, 2001, pág. 184.

para efeitos de responsabilidade aquiliana e ainda algumas normas que dão particular relevo à capacidade natural do menor, como o art. 1289º/2 CC segundo o qual o menor pode adquirir um direito real de gozo, máxime o direito de propriedade, por usucapião e o art. 1266º CC que reconhece ao menor a possibilidade de adquirir posse, bastando para tal que tenha o “uso da razão”. Também o art. 263º CC dispõe que “O procurador não necessita de ter mais do que a capacidade de entender e querer exigida pela natureza do negócio que haja de efetuar.”, ou seja, a lei não exige que o procurador tenha capacidade negocial de exercício, pelo que, os menores, independentemente de serem ou não emancipados, podem ser procuradores já que a lei não exige mais do que a capacidade natural de querer e entender.

Verificamos ainda várias normas que reconhecem ao menor um verdadeiro direito de audição relativamente a questões e decisões que acabam por o afetar diretamente e ter impacto no seu projeto de vida, como é exemplo o art. 1931º/2 CC que dispõe que, para a nomeação de tutor, o tribunal deve ouvir o menor que tenha completado 14 anos (art. 1931º/2 CC)¹⁹² e o art. 1901º/3 CC segundo o qual, em caso de desacordo entre os pais relativamente a questões de particular importância, o tribunal deverá ouvir o menor antes de decidir, salvo quando circunstâncias ponderosas o desaconselhem, encontrando-se esta regra totalmente em consonância com o disposto no art. 12º CDC¹⁹³.

Também em matéria de adoção, nos termos do art. 1984º/a) CC o juiz deverá ouvir os filhos do adotante maiores de 12 anos. Por sua vez, o art. 1981º/1/a) reconhece ao adotando mais do que um direito a ser ouvido, estipulando que o consentimento do adotando maior de 12 anos também é necessário para a adoção. Na ausência do consentimento do adotado quando se afigure necessário, a sentença que tiver decretado a adoção é suscetível de revisão (art. 1990º/1/e) CC).

No entanto, há ainda exceções à dependência do poder paternal, para além daquelas que estão elencadas no CC e que revelam igual importância, nomeadamente, a que está prevista no art. 5º da Lei sobre a Educação sexual e Planeamento familiar (Lei nº 3/84, de 24 de Março) que determina que “É assegurado a todos, sem discriminações, o livre acesso

¹⁹² Por outro lado, o art. 1957º/1 CC dispõe ainda que, quando submetida ao regime da tutela, a criança com mais de 16 anos pode convocar o Conselho de Família.

¹⁹³ Antes das alterações introduzidas pela Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, o art.1901º no seu nº2 apenas dispunha que o tribunal deveria ouvir, antes de decidir, o filho maior de catorze anos.

às consultas e outros meios de planeamento familiar.”¹⁹⁴. Por sua vez, o art.13º dispõe que tanto Estado como as autarquias devem incentivar a instalação de centros de atendimento de jovens, em que o planeamento familiar constitua uma valia obrigatória e nas localidades onde ainda não existam centros de atendimento de jovens, estes podem dirigir-se aos centros de consulta sobre planeamento familiar.

Um ano depois, a Portaria nº 52/85, de 26 de Janeiro que aprova o Regulamento das Consultas de Planeamento Familiar e Centros de Atendimento para jovens, também não estabeleceu qualquer restrição de idade, dispondo no seu art. 5º/2 que “Terão acesso, sem quaisquer restrições, aos centros de atendimento para jovens e, no caso de estes ainda não existirem, às consultas de planeamento familiar todos os jovens em idade fértil.”. Também a Lei nº 120/99, de 11 de Agosto que reforça as garantias do direito à saúde reprodutiva estipula no art.5º que todos os jovens podem ser atendidos em qualquer consulta de planeamento familiar, ainda que num centro de saúde ou serviço hospitalar fora da área da sua residência¹⁹⁵. Ademais, não há quaisquer limitações etárias para a venda dos contraceptivos de venda livre, podendo estes ser adquiridos gratuitamente nos centros de saúde¹⁹⁶. No entanto, importa ainda salientar que desde que o menor não ponha em risco a sua própria saúde ou vida através de comportamentos desviantes (ex. prostituição), deverá ser igualmente reconhecido o seu direito à privacidade, ou seja, o médico tem o dever de respeitar a privacidade do menor, revestindo este dever particular importância por permitir garantir a confidencialidade e, conseqüentemente, assegurar que o menor, quando precisar, não se inibirá de procurar ajuda médica¹⁹⁷. Conforme salienta André Dias Pereira, “Este livre acesso individual, com garantia de confidencialidade, garante maior liberdade aos

¹⁹⁴ Esta lei veio modificar o paradigma verificado anteriormente, uma vez que, em 1980 a Procuradoria-Geral da República pronunciou-se sobre esta temática afirmando que “Na falta de autorização expressa dos pais ou dos representantes legais, deve ser negado aos menores não emancipados o acesso às consultas de planeamento familiar.”. OLIVEIRA, Guilherme de, *O acesso dos menores*, ob. cit., pág. 240 e 241, nota 1. MOREIRA, Sónia, *A autonomia do menor*, ob. cit., pág.188. Em crítica ao Parecer da Procuradoria-Geral da República vide GUIMARÃES, Maria de Nazareth Lobato, *Ainda sobre menores e consultas de planeamento familiar*, ob. cit., págs. 193 a 201.

¹⁹⁵ Cfr. ainda, Resolução da Assembleia da República nº51/98 de 2 de Novembro, Resolução do Conselho de Ministros nº 124/98 de 21 de Outubro, Artigo 5º/3 do Decreto-Lei nº157/99 de 10 de Maio, Artigo 6º do Decreto-Lei nº 259/2000 de 17 de Outubro.

¹⁹⁶ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 310.

¹⁹⁷ AMORIM, Ana, *O consentimento informado de menores: Reflexões*, ob. cit., pág. 119.

adolescentes relativamente a uma autónoma autodeterminação nos cuidados de saúde, nomeadamente nos que se prendem com a saúde reprodutiva.”¹⁹⁸.

No domínio da autodeterminação sexual do menor, importa referir o art.173º do CP que dá igualmente importância ao consentimento do menor com idade superior a 16 anos para a prática da relação sexual, dispondo que só constituirá crime, o ato sexual praticado por maior com menor entre os 14 e 16 anos ou no caso de levar a que ele seja praticado por este com outrem, abusando da sua inexperiência. Para além disso, o art.142º/5 do CP dá igualmente o poder de decisão no que diz respeito à interrupção voluntária da gravidez à grávida com mais 16 anos. Ainda no âmbito do nosso CP, o art.19º determina que os menores de 16 anos são inimputáveis, o que equivale a dizer que, o menor com idade igual ou superior a 16 anos tem capacidade para responder pelos crimes ou delitos que cometer e o menor com mais de 16 anos tem também capacidade para apresentar queixa enquanto ofendido (art.113º/4 CP).

Também a Lei Tutelar Educativa que visa a aplicação de medidas tutelares educativas aos menores com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, dispõe que o menor tem o direito de ser ouvido, em qualquer fase do processo, oficiosamente ou quando ele o requerer, pela autoridade judiciária (art. 45º/2/a)), assim como pode requerer ou constituir a nomeação de um defensor em qualquer fase do processo (art.46º/1) e ser assistido por especialista em psiquiatria ou psicologia sempre que o solicite, para efeitos de avaliação da necessidade de aplicação de medida tutelar (art. 45º/2/d)). O art. 42º/2 permite ainda que a mediação tenha lugar também por iniciativa do menor.

No que diz respeito à capacidade judiciária, segundo o disposto no art.15º/1 e 2 do CPC esta consiste na suscetibilidade de estar, por si, em juízo e tem por base e por medida a capacidade do exercício de direitos. Do exposto, concluímos que o menor não tem capacidade judiciária¹⁹⁹. Não obstante, o art.2º do Código de Processo do Trabalho prevê uma importante exceção a esta regra, tratando da capacidade judiciária ativa dos menores e dispõe que “Os menores com 16 anos podem estar por si em juízo como autores.”, fazendo todo o sentido já que, a idade mínima de admissão para prestar trabalho é de 16 anos (art.

¹⁹⁸ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 310.

¹⁹⁹ Veja-se, neste sentido, o art. 16º CPC que determina que os menores sujeitos a representação só podem estar em juízo por intermédio dos seus representantes, exceto quanto aos atos que possam exercer pessoal e livremente.

68º/2 do CT). Esta exceção à incapacidade de exercício dos menores que admite a celebração do contrato de trabalho diretamente pelo menor sem necessidade de intervenção dos seus progenitores pode ser justificada pela importância do trabalho para o sustento do próprio menor e da sua família. Ainda neste âmbito, importa referir que segundo o art. 495º do CPC, o menor poderá também depor como testemunha desde que tenha aptidão mental para depor sobre os factos, cabendo ao juiz verificar a capacidade natural das testemunhas. Também o art. 349º CPP estipula que o menor de 16 pode ser inquirido, ainda que essa inquirição deva ser levada a cabo pelo presidente.

Continuando esta breve viagem por legislação avulsa, encontramos ainda outras duas situações particularmente relevantes onde também se privilegia a capacidade natural de querer e entender do menor, não se fazendo referência a qualquer limite etário. Falamos neste âmbito sobre a colheita e transplante de órgãos, que nos termos do art.8º/4 da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril estipula que a dádiva e colheita de órgãos, tecidos ou células carecem também da concordância dos menores desde que estes tenham capacidade de entendimento e de manifestação de vontade. Privilegiando a capacidade de entendimento natural do menor, importa ainda referir o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (DL n.º 63/85, de 14 de Março), que estipula no seu art.9º/1 que “O direito de autor abrange direitos de carácter patrimonial e direitos de natureza pessoal, denominados direitos morais.” e o art. 69º dispõe que menor criador de uma obra pode exercer os direitos morais desde que tenha para tanto entendimento natural.

Por outro lado, a Lei da Investigação Clínica (Lei n.º21/2014 de 16 de Abril) determina no art.7º que um estudo clínico só pode ser realizado em menores quando for obtido o consentimento informado do menor com idade igual ou superior a 16 anos e do seu representante legal.

Na Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (Lei n.º 147/99, de 01 de Setembro) o art.10º/1 e 2 dispõe que a intervenção, visando a promoção, defesa e concretização dos direitos da criança e do jovem, das entidades com competência em matéria de infância e juventude (art.7º LPCJP) e das comissões de protecção das crianças e jovens (art.8º LPCJP) depende da não oposição da criança ou do jovem com idade igual ou superior a 12 anos, caso contrário haverá lugar à intervenção judicial (art.11º/c) LPCJP), sendo certo que a oposição da criança com menos de 12 anos é considerada relevante de acordo com a sua

capacidade para compreender o sentido da intervenção. Idêntico limite etário verifica-se no âmbito dos processos de apadrinhamento civil, uma vez que, nos termos do art. 14º, nº1, al. a) da Lei nº 103/2009, de 11 de Setembro, para o apadrinhamento civil é necessário o consentimento da criança maior de 12 anos.

A Lei nº 112/2009 de 16 de Setembro que estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas também dispõe no art.9º/2 que a intervenção de apoio específico ao jovem que seja vítima de violência doméstica e que tenha idade igual ou superior a 16 anos, depende somente do seu consentimento e no caso de se tratar de intervenção de apoio à criança com idade inferior a 16 anos, esta depende do consentimento do representante legal, ou na sua ausência ou se este for o agente do crime, da entidade fixada pela lei e do consentimento da criança com idade igual ou superior a 12 anos (art.9º/3), sendo certo que o consentimento da criança com idade entre os 12 e os 16 anos é suficiente para legitimar a intervenção, caso as circunstâncias impossibilitem a receção, em tempo útil, de declaração sobre o consentimento de representante legal, ou em caso de ausência ou se este for o agente do crime, da entidade determinada pela lei (art.9º/4). No entanto, para todos os efeitos, a criança que tenha idade inferior a 12 anos, tem o direito a manifestar a sua opinião e a ser ouvida, de acordo com a sua idade e maturidade (art.9º/5).

Cumpra ainda salientar que o art.5º/3, *a contrario sensu*, da Lei de Saúde Mental (Lei nº 36/98, de 24 de Julho) prevê que determinados direitos podem ser exercidos pelos menores desde que tenham idade igual ou superior a 14 anos. Por sua vez, estabelecendo igual patamar etário, a Lei nº124/99 de 20 de Agosto dispõe que o menor com mais de 14 anos tem o direito de aderir livremente a associações juvenis ou constituir novas associações e a ser titulares dos respetivos órgãos, sem necessidade de qualquer autorização²⁰⁰.

Por fim, a Lei da proteção de dados pessoais (Lei nº 58/2019, de 08 de Agosto) no art.16º reconhece capacidade ao menor para ceder os dados pessoais a partir dos 13 anos.

Após este breve excursão pelos vários espaços onde se reconhece ao menor capacidade para atos jurídicos específicos, que se traduzem numa expressão da sua progressiva

²⁰⁰ Esta solução acaba por se aproximar do disposto no art.15º/1 da CDC que dispõe que: “Os Estados Partes reconhecem os direitos da criança à liberdade de associação e à liberdade de reunião pacífica.”

autonomia, concluímos que o sistema português é sistema rígido mas mitigado²⁰¹, pois apesar de o legislador português ter adotado um sistema austero através da fixação dos 18 anos como a idade fronteira a partir da qual se adquire a maioridade e plena capacidade de exercício de direitos, a verdade é que o legislador atenua essa mesma rigidez com a consagração de um vasto número de exceções à regra geral²⁰².

Capítulo III – Os menores e o consentimento informado para o ato médico

1. Maioridade antecipada para o acesso aos cuidados de saúde?

As idades pediátricas por estarem associadas, na sua generalidade, a uma ideia de “imaturidade biológica, reflexiva, ética, social e afetiva”²⁰³ sempre levantaram problemas específicos nas mais variadas áreas, mas no âmbito da saúde esses problemas intensificam-se já que estamos num campo de atuação que, por si só, se revela sensível e melindroso. Apresentámos várias disposições legais, tanto a nível nacional como internacional, que reconhecem capacidade ao menor para praticar certos atos, para exprimir a sua opinião e para participar em decisões que estão relacionadas com a sua vida. Contudo, não se consegue extrair das mesmas uma regra geral a seguir quando estamos diante da matéria sobre o consentimento informado do menor para cuidados de saúde, até porque não se verifica uma uniformidade quanto ao critério a seguir, uma vez que, certos casos dependem da observância de uma idade determinada e noutros não se especifica qualquer idade, fazendo referência a “jovens”, “jovens de idade fértil” e a “capacidade natural de querer e entender”. Neste sentido, um dos principais problemas que se têm levantado reside precisamente em torno da questão de saber se o menor terá ou não capacidade para consentir nas questões que dizem respeito à sua saúde.

Como ponto de partida, importa fazer a distinção entre incompetência absoluta que se verifica habitualmente nas crianças de mais tenra idade, e incompetência relativa normalmente verificada nas crianças mais velhas e nos adolescentes²⁰⁴, sendo principalmente relativamente a estas últimas que se coloca a questão de saber se podem ou

²⁰¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *O Direito das Crianças*, ob. cit., pág. 22. FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral*, ob. cit., pág. 257.

²⁰² SOTTOMAYOR, Maria Clara, *O Direito das Crianças*, ob. cit., pág. 22. FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral*, ob. cit., pág. 256.

²⁰³ ALMEIDA, Filipe Nuno Alves dos Santos, *Vulnerabilidade na prática clínica da saúde da criança*, *Revista Brasileira de Bioética*, Volume 2, Número 2, 2006, pág. 242.

²⁰⁴ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *A capacidade*, ob. cit., pág. 221.

não consentir de forma autónoma e livre nos atos médicos. Se a resposta à questão for afirmativa, impõe-se analisar quais os requisitos exigidos para que o menor possa consentir validamente numa intervenção médica, sem a intervenção dos seus representantes legais.

1.1. Solução à luz do ordenamento jurídico português

Vimos já que o objeto do conceito da capacidade para consentir é, segundo Amelung, “a capacidade para tomar uma decisão racional sobre os riscos, sacrifícios dos seus próprios bens jurídicos.”²⁰⁵.

No que diz respeito à questão de saber se os menores têm ou não capacidade para consentir nos cuidados de saúde sem os seus representantes legais, a doutrina tem entendido que os atos de relevância reduzida não se encontram envoltos em grande problemática, defendendo que os menores de qualquer idade podem consentir nos atos de assistência médica de menor importância, estando esta legitimidade para consentir fundamentada no art.127º/1/b) do CC que apesar de estar previsto para os atos de natureza patrimonial, poder-se-á aplicar analogicamente aos atos de natureza pessoal de pequena relevância que fazem parte da vida corrente do menor e para os quais este já possui capacidade natural. Assim, segundo Guilherme de Oliveira, “O consentimento pode mesmo ir além da mera tolerância das intervenções para abranger as formas de consentimento que envolvam compromissos jurídicos, como a aquisição do serviço de desinfeção de uma ferida ligeira, e o pagamento módico desse serviço, numa clínica particular.”²⁰⁶.

No entanto, a situação acaba por se complicar quando saímos do âmbito destes atos de pequena importância e passamos para o âmbito dos atos que revestem maior peso e que excedem a pequena importância. No sentido de dar uma resposta à questão de saber qual a regra geral em matéria de consentimento informado do menor a seguir nestes casos e tendo em conta que o nosso Código Civil acaba por se cingir mais ao âmbito patrimonial, não existindo uma norma que se refira à capacidade para consentir do menor na ofensa a um seu

²⁰⁵ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 155.

²⁰⁶ OLIVEIRA, Guilherme de, *O acesso dos menores*, ob. cit., pág. 245. No mesmo sentido, MARTINS, Rosa Cândido, *A criança*, ob. cit., pág. 821 e 822. RIBEIRO, Geraldo Rocha, *Quem decide pelos menores?*, ob. cit., pág. 132. HÖRSTER, Heinrich Ewald e SILVA, Eva Sónia Moreira da, *A parte geral*, ob. cit., pág. 339. SANTOS, André Teixeira dos, *Do consentimento dos menores*, ob. cit., pág. 149. Também Sónia Moreira defende que o menor ao qual seja reconhecida suficiente maturidade poderá consultar um advogado ou um médico, caso se tratem de situações que possam enquadrar-se na excecional capacidade do menor prevista no art. 127º/1/b). MOREIRA, Sónia, *A autonomia do menor*, ob. cit., pág. 188 e 191, nota 119.

bem de personalidade no âmbito de um tratamento ou intervenções médica²⁰⁷, quer na parte em que regula os direitos de personalidade (art. 70º a 81º CC), quer na parte em que versa sobre o poder paternal (art. 1877º e ss. CC), quer ainda na parte em que fixa a regra da incapacidade de agir do menor (art. 123º e ss. CC), alguma doutrina²⁰⁸ considera que esta regra geral decorre do art. 38º/3 do CP que estabelece que o consentimento²⁰⁹ é válido quando prestado por menor que tiver mais de 16 anos e que tenha o discernimento necessário de modo a avaliar o alcance e o sentido do consentimento no momento em que o presta²¹⁰.

²⁰⁷ Conforme salienta Geraldo Rocha Ribeiro, “(...) o legislador apenas se limitou a definir o que pode ou não a criança fazer no mundo do comércio jurídico patrimonial, reservando-se a regular expressamente a capacidade da criança para actos pessoais apenas quanto aos institutos históricos do direito civil, como a perfilhação e o casamento.”. RIBEIRO, Geraldo Rocha, *Quem decide pelos menores?*, ob. cit., pág. 113. Evidenciando igualmente a ausência de uma norma no plano do direito civil português que fixe uma fronteira nítida e expressa entre as situações de capacidade e incapacidade para consentir no ato médico, vide MARTINS, Rosa Cândido, *A criança*, ob. cit., pág. 820 e nota 96. OLIVEIRA, Guilherme de, *O acesso dos menores*, ob. cit., pág. 242. PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit. pág. 315.

²⁰⁸ OLIVEIRA, Guilherme de, *O acesso dos menores*, ob. cit., pág. 241 e 242. PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 317. MARTINS, Rosa Cândido, *A criança*, ob. cit., pág. 819, 820 e 828. MOREIRA, Sónia, *A autonomia do menor*, ob. cit., pág. 190 e 191. RIBEIRO, Geraldo Rocha, *Quem decide pelos menores?*, ob. cit., pág. 124 a 126. RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 202 e 203. AMORIM, Ana, *O consentimento informado de menores de idade na atividade pericial forense*, *Revista Portuguesa do Danos Corporal*, Ano XXI, Nº 23, 2012, pág. 142. SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O Direito Geral*, ob. cit., pág. 411 e 412, nota 1040. DIAS, Jorge Figueiredo e MONTEIRO, Jorge Sinde, *Responsabilidade médica em Portugal*, in *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, 1984, pág. 38. CARVALHO, Orlando de, *Teoria geral*, ob. cit., pág. 205 e 206. Segundo Ana Rita Alfaiate trata-se de uma leitura maioritária, concebendo-se o disposto no art. 38º/3 do CP como regra geral “não apenas para o domínio da saúde, mas também, por uma questão de unidade e coerência jurídica, para as demais superfícies de conflito entre o cuidado e a autonomia em matéria de consentimento tolerante de menores.”. ALFAIATE, Ana Rita, *Autonomia e Cuidado*, em AA.VV., *O cuidado como valor jurídico*, coordenação de Tânia da Silva Pereira e Guilherme de Oliveira, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008, pág. 18. Discordando da doutrina maioritária, vide PINHEIRO, Jorge Duarte, *Limites ao exercício*, ob. cit., pág. 47 a 49. SANTOS, André Teixeira dos, *Do consentimento dos menores*, ob. cit., pág. 140 e ss. Sem embargo, Vera Lúcia Raposo alerta também para o facto de no nosso ordenamento ainda não existir uma base legal que suporte de forma clara e irrefutável este raciocínio da doutrina maioritária. RAPOSO, Vera Lúcia, *Do Regime das Intervenções Médico-Cirúrgicas Arbitrárias no Código Penal Português*, *Revista Peruana de Ciências Penales*, 2013, Disponível em: https://www.vda.pt/xms/files/v1/Publicacoes/Artigo_VLR_-_Do_Regime_das_Intervencoes_Medico-Cirurgicas_Arbitrarias_no_Codigo_Penal_Portugues_-Out2013-.pdf, pág. 9. No mesmo sentido, OLIVEIRA, Guilherme de, PEREIRA, André Dias, *Consentimento*, ob. cit., pág. 77.

²⁰⁹ Na sugestiva formulação de Orlando de Carvalho, o consentimento pode revestir três modalidades, a saber: “consentimento vinculante (que origina um compromisso jurídico autêntico, designadamente um contrato)”, “consentimento autorizante (constitutivo de um compromisso jurídico *sui generis*, que atribui a outrem um poder de agressão: art. 81.º, 2, do C.Civil)”, “consentimento tolerante (que não atribui um poder de agressão, mas justifica implicitamente a mesma: art. 340.º, 1, do C.Civil)”. CARVALHO, Orlando de, *Teoria geral*, ob. cit., pág. 205. Adotando igualmente esta classificação, vide SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O Direito Geral*, ob. cit., pág. 220 e 221, nota 446. Aqui está em causa o consentimento tolerante, consentimento que nas palavras de Orlando de Carvalho não está sujeito “aos princípios que regem a capacidade em matéria de negócios jurídicos, devendo dá-lo o próprio menor, desde que tenha suficiente maturidade para a avaliação das respetivas consequências.”. CARVALHO, Orlando de, *Teoria geral*, ob. cit., pág. 205.

²¹⁰ Em matéria de consentimento informado, tem se dado relevo geral à norma do Código Penal que estabelece a idade-limite dos 16 anos. Contudo, André Dias Pereira salienta que, no caso de haver legislação especial, a mesma deve ser respeitada, dado que a lei, por vezes, estabelece uma idade limite mais precoce como é o caso do acesso a consultas de planeamento familiar previsto na Portaria nº52/85, de 26 de Janeiro

Guilherme de Oliveira entende que o art. 38º/3 estabeleceu assim “uma maioria para o acesso a cuidados de saúde” cujo valor principal foi “o de estabelecer um critério quanto possível nítido que permita saber quando é que o médico pode (e deve) intervir sem estar perante uma vontade autónoma e quando, pelo contrário, está perante um paciente capaz de se autodeterminar, capaz de decidir livremente se tolera ou não tolera a intervenção no seu corpo.”²¹¹.

Verificamos, assim, que a capacidade para prestar o consentimento no domínio penal não coincide com a capacidade jurídico-civil, isto é, os 18 anos, excetuando-se os 16 anos de idade quando se verifique a emancipação²¹².

No entanto, o limite etário exigido para o reconhecimento da capacidade para prestar consentimento não permaneceu imutável ao longo dos tempos, verificando-se uma evolução e alteração das disposições legais constantes nas diferentes versões do CP. O CP de 1952, contrariamente ao que veio a acontecer mais tarde com o CP de 1982, não fixava qualquer idade limite para a validade do consentimento do menor, estabelecendo que a capacidade do menor para prestar o consentimento variava em função da idade, grau de cultura, etc²¹³. Só com a Lei nº59/2007, de 4 de setembro de 2007 é que o legislador português estabeleceu como limite os 16 anos para se consentir validamente, sendo que, anteriormente, o limite de idade se fixava nos 14 anos.

Com este aumento da idade-limite o legislador objetivou um aumento da proteção do menor e quis acautelá-lo sobretudo que o menor com idade inferior a 16 anos, atendendo à sua situação de vulnerabilidade, não tome uma decisão precipitada e incoerente que poderia consequentemente pôr em causa a sua própria saúde e vida. Em suma, o legislador considerou que um menor de catorze ou quinze anos de idade não tem capacidade para consentir em sofrer ofensas contra bens jurídicos disponíveis, como a integridade física²¹⁴.

que no seu art.5º *in fine*, admite que tenham acesso todos jovens em idade fértil ou estabelece uma idade fronteiriça mais avançada como a idade superior a 25 anos exigida em caso de esterilização voluntária prevista no art. 10º/1 da Lei 3/84 de 24 de Março. PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 319.

²¹¹ OLIVEIRA, Guilherme de, *O acesso dos menores*, ob.cit, pág. 241 e 242.

²¹² FARIA, Maria Paula Ribeiro de, *A “lei do sangue”- ou o conflito entre o respeito pela autonomia da pessoa e a defesa da vida e da integridade física*, in *Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Tomo 1, Vol. XII, 1998, pág. 267 e 268.

²¹³ MATOS, Mafalda Francisco, *O problema da (ir)relevância*, ob. cit., pág. 50.

²¹⁴ Na exposição de motivos consta igualmente que esta alteração teve também como objetivo aproximar o nosso regime relativo ao consentimento do ofendido, das orientações que têm vindo a ser adotadas pela União

Contudo, conforme salienta Ana Amorim, “este aumento da idade-limite parece contrariar a tendência ao nível do direito comparado, que pretende conferir uma maior autonomia ao menor de idade”²¹⁵, desde logo porque, como veremos, quase todos os países estabelecem uma idade mais precoce do que aquela que está prevista no art. 38º/3 do nosso CP. Ana Amorim afirma ainda que o legislador ao elevar a idade limite dos 14 para os 16 anos “está a proteger em demasia o menor e, conseqüentemente, a impossibilitar o desenvolvimento da autonomia da criança.”²¹⁶. Partindo deste entendimento, concordamos que esta exigência do limite de 16 anos, poderá revelar-se em certos casos excessiva e, conseqüentemente, converter-se numa superproteção, tendo em conta a evolução da medicina, o desenvolvimento da sociedade e a tendência atual das crianças para um ritmo acelerado do seu nível de maturidade e autonomia.

Além disso, de acordo com Ana Amorim esta alteração do CP de 2007 teve ainda na sua base uma uniformização da lei, dado que a maioria das disposições legais fixa os 16 anos como idade limite. Contudo, a autora questiona: “Mas, sendo o CP um dos Diplomas legais com maior relevância no nosso ordenamento jurídico, não deveriam ter sido as restantes leis avulsas a sofrer alterações com vista à uniformização, e não o inverso? Pensamos que sim.”. A autora refere ainda que se esta alteração tinha como objetivo a uniformização das leis, então não se compreende por que motivo a Lei n.º 36/98, de 24 de Julho respeitante à Saúde Mental, prevê no nº3 do seu art.5 a idade de 14 anos como “limite para atribuição de certos direitos aos representantes legais do menor.”, o que segundo a autora poderá ser justificado pelo facto de a Lei da Saúde Mental ser muito anterior à revisão operada em 2007 no CP e nunca mais ter sido alvo de qualquer modificação²¹⁷.

Não obstante, apesar desta possível justificação, na nossa opinião, enquanto não se proceder a uma alteração, estamos aqui perante uma forte incoerência, uma vez que, se atentarmos no disposto no art. 5º/3 da referida lei, vemos que ao menor de 14 anos são lhe reconhecidos vários direitos, tais como, “Decidir receber ou recusar as intervenções

Europeia, principalmente quanto a crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores. Cfr. Exposição de Motivos da Proposta de Lei N.º 98/X, Ponto 4 *in fine*, pág.6.

²¹⁵ AMORIM, Ana, *O consentimento informado de menores de idade*, ob. cit., pág, 141, nota 19.

²¹⁶ A autora defende, inclusive, que no futuro, tendo em conta o desenvolvimento acelerado da sociedade e da maturidade das crianças, este limite possa sofrer uma nova alteração e fixar-se esta idade limite nos 12 anos a par com a avaliação do discernimento. AMORIM, Ana, *O consentimento informado de menores: Reflexões*, ob. cit., pág. 127 e nota 97.

²¹⁷ AMORIM, Ana, *O consentimento informado de menores: Reflexões*, ob. cit., pág. 126.

diagnósticas e terapêuticas propostas (...)", "Não ser submetido a electroconvulsivoterapia sem o seu prévio consentimento escrito" e ainda "Aceitar ou recusar, (...) , a participação em investigações, ensaios clínicos ou actividades de formação.". No entanto, em princípio os menores com problemas de saúde mental têm um grau de maturidade e discernimento menor e mais comprometido do que aqueles que não padeçam desses problemas. Logo, não entendemos o porquê de um menor com 14 anos não poder prestar o seu consentimento para uma intervenção que não está relacionada com esta área relativa à saúde mental, exigindo-se para estes um limite etário superior fixado nos 16 anos.

Após estas breves considerações, importa agora perscrutar o teor do art.38º/3 que exige a verificação cumulativa de 2 requisitos para que se possa afirmar a validade do consentimento para intervenções médicas: (1) ter mais de 16 anos e (2) ter o discernimento necessário. À face do exposto, concluímos que a capacidade para prestar um consentimento válido não se alicerça apenas na idade, não constituindo esta um critério último ou condição suficiente, o que se compreende dado que os jovens demonstram um desenvolvimento cada vez mais precoce das suas capacidades e não faria sentido fazer depender a eficácia do consentimento respeitante a questões tão pessoais que envolvem a vida e a saúde do indivíduo apenas de uma idade fronteira rígida. Assim, a par com o limite etário dos 16 anos, surge a exigência do discernimento necessário, entendido como a "capacidade de compreender o alcance do tratamento que irá ser realizado, o modo como este se processa, a sua duração assim como as suas consequências, riscos e possível recuperação; o menor tem ainda de entender as consequências de uma eventual recusa na realização do tratamento."²¹⁸. O discernimento engloba não só a capacidade volitiva e intelectual mas também a própria capacidade para julgar, decidindo entre as várias alternativas. Deste modo, o médico deve proceder sempre a uma avaliação casuística do discernimento, mesmo que o menor já tenha completado 16 anos, de modo a que se possa confirmar que este se encontra capacitado para tomar decisões médicas. Em suma, a idade não está em todos os casos diretamente relacionada ao ganho de maturidade, esta não se adquire exatamente no dia em que a pessoa completa 16 anos, daí que se defenda sempre uma avaliação individualizada do seu discernimento mesmo depois de o menor ter completado a idade exigida na lei. Vigora

²¹⁸ AMORIM, Ana, *O consentimento informado de menores: Reflexões*, ob. cit., pág. 116, nota 24.

assim em matéria de cuidados de saúde “um sistema de compromisso entre o critério estático da idade e o critério dinâmico da avaliação casuística do discernimento.”²¹⁹.

Ressalve-se, mais uma vez que, o mesmo se defende relativamente a todos aqueles que já tenham atingido a maioridade, uma vez que, a maioridade deve ser considerada apenas um indício de capacidade para consentir, tendo o médico o dever legal de mesmo perante pacientes adultos, avaliar de forma sumária o seu discernimento intelectual²²⁰.

No sentido de facilitar esta concreta avaliação que o médico leva a cabo, foram desenvolvidos ao longo dos tempos alguns testes de avaliação da capacidade para tomar decisões respeitantes a atos médicos que têm em consideração fatores como o raciocínio, a compreensão, a comparação, a avaliação, a projeção, a opção, a expressão, a decisão e a memória do menor, variando consoante a complexidade da intervenção e o perfil do paciente²²¹.

No entanto, este processo de desenvolvimento do discernimento e desta maturidade para compreender os fatores relacionados com a intervenção levada a cabo pelo médico no seu todo caracteriza-se como um processo longo e variável que se verifica de forma diferente em cada sujeito e que é influenciado por múltiplos fatores, como por ex., a educação e o relacionamento social e familiar. Há crianças que adquirem este desenvolvimento cognitivo antes dos 16 anos, podendo por vezes chegar a atingir mesmo um grau de maturidade equiparável ao de um adulto de 18 anos²²², assim como há crianças que mesmo depois de completarem os 16 anos ainda não possuem o discernimento necessário para compreender a extensão e o significado do seu consentimento.

Partindo do entendimento de André Dias Pereira, com o qual concordamos, o nosso CP estabeleceu os 16 anos como a idade de referência no direito português, presumindo-se

²¹⁹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *O Direito das Crianças*, ob. cit., pág. 36.

²²⁰ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 170.

²²¹ RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 200 e 201.

²²² Segundo os estudos da psicologia moderna, a idade em que uma pessoa adquire todas as faculdades intelectuais para tomar decisões médicas, situa-se entre os 12 e os 14 anos, sendo certo que quando mais autonomia for atribuída à criança, melhor estas a exercem. A investigação levada a cabo sobre a capacidade de o menor participar em processos judiciais revela que a capacidade para consentir de um menor de 14 anos, em relação a tratamentos médicos e psicológicos, não é diferente da de um adulto com idade compreendida entre os 18 e os 21 anos, no que diz respeito “ao testemunho, à compreensão dos factos, à sensatez da decisão e à compreensão das suas consequências.” Nestes estudos constatou-se que mesmo os menores de 9 anos demonstraram um nível de competência idêntico aos dos adultos nos critérios do testemunho e da sensatez da decisão. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *O Direito das Crianças*, ob. cit., pág. 55 e 56.

incapazes os menores que ainda não tenham completado essa idade. Não obstante, isso não significa que se exclua a possibilidade de, num caso concreto, se considerar o menor com idade inferior a 16 anos capaz, quando este revele ter o discernimento necessário que permita reconhecê-lo como sujeito competente para consentir. Estando diante de um menor com 16 anos ou mais, a lei exige a verificação dos supra citados requisitos cumulativos, isto é, os 16 anos de idade e o “discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta.”, funcionando relativamente ao menor que já tenha completado 16 anos, uma presunção legal de capacidade. Assim, conclui o autor que apesar da relevância dada aos dois critérios, “o critério decisivo é a concreta avaliação que o médico leve a cabo sobre a capacidade para consentir do menor”, tendo o médico o dever de proceder a uma avaliação da capacidade em todos os casos. Neste seguimento, caso o menor tenha mais 16 anos mas não apresente o discernimento necessário, deve o médico pedir o consentimento aos pais²²³.

Neste cenário, cumpre ainda trazer à colação outras teorias que propugnam uma visão paralela dando mais relevância à capacidade de discernimento e subalternizando a idade fronteira. Paulo Mota Pinto, sustenta que tratando-se de uma limitação de direitos que tutelam bens pessoais, deve ser exigido o consentimento do próprio menor para essa limitação desde que ele tenha suficiente maturidade para a avaliar. Da mesma maneira, o menor poderá sempre opor-se ao consentimento que foi prestado pelo seu representante legal, se tiver maturidade para avaliar o sentido e o alcance desse consentimento, tenha ou não ainda completado uma determinada idade²²⁴. Não se afastando deste entendimento, João Vaz Rodrigues também parece dar especial relevância à capacidade de discernimento sustentando que, “onda exista capacidade de entendimento e de ponderação, deverá existir igualmente uma vontade atendível”. Assim, se o menor tiver idade inferior a 16 anos deve poder prestar o seu consentimento desde que tenha capacidade de entendimento e ponderação, defendendo o autor, que se deve proceder a uma avaliação casuística para aferir a existência de capacidade ou falta da mesma, “ponderando-se a relação entre a idade do

²²³ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 317 a 319 e nota 728.

²²⁴ No entanto, pode ser necessário obter também o consentimento dos representantes legais, quando devido à sua gravidade essa limitação voluntária tenha reflexos na educação do menor ou contenda com os resultados do exercício dos poderes-deveres inerente ao próprio poder paternal. PINTO, Paulo Mota, *A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, in *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pág. 542 a 543.

menor- independentemente de ser inferior a 16 anos-, o seu discernimento e o tratamento, isto é, a avaliação da concreta intervenção em causa.”²²⁵.

Por sua vez, Mafalda Francisco Matos entende que para averiguar se o menor tem capacidade para prestar consentimento válido e eficaz, não se deveria atender a uma idade-limite, mas somente à demonstração do discernimento necessário através dos testes de avaliação de capacidade e, deste modo, afastando o estabelecimento de uma idade limite, haveria também uma maior participação e envolvimento do menor no processo clínico. No entanto, a autora ressalva que, tendo em conta que nem todos os menores possuem esta capacidade, caso se verifique que o menor não tem o discernimento necessário, deverá continuar a existir representação legal por parte dos pais sempre direcionada para garantir o melhor interesse do menor, sendo certo que esta “cairá tanto mais no instituo da assistência quanto maior for a capacidade de entendimento do menor”²²⁶.

Neste ensejo, também há doutrina²²⁷ que partilha uma posição diferente, defendendo que só se poderá proceder a uma avaliação do discernimento, quando o menor já tiver completado 16 anos, isto significa que, independentemente do critério do discernimento se encontrar presente, este é um critério cumulativo e como tal, só verificado o primeiro-critério assente na idade-, se atenderá ao segundo- critério do discernimento, ou seja, segundo estes autores, em bom rigor, o critério que se aplicará, *prima facie*, é o da idade. Assim, só os jovens que tenham entre 16 a 18 anos é que terão capacidade para prestar o consentimento, desde que tenham o discernimento necessário, ficando excluídos todos os jovens cuja idade se situe abaixo do limite etário exigido pelo art. 38º/3 do CP, ou seja, mesmo que o menor com idade inferior a 16 anos demonstre ter o discernimento necessário, isto é, tenha maturidade suficiente para compreender o seu problema de saúde, a intervenção no seu todo, os riscos associados à mesma e possíveis alternativas, não lhes é reconhecida capacidade para consentir.

Diante do exposto, importa ainda frisar, como temos vindo a fazer ao longo da nossa exposição, que existem várias normas²²⁸ que apontam no sentido de se reconhecer uma autonomia progressiva ao menor nos cuidados de saúde, admitindo certos campos de atuação

²²⁵ RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 204 e 205.

²²⁶ MATOS, Mafalda Francisco, *O problema da (ir)relevância*, ob. cit., pág.134.

²²⁷ MARTINS, Rosa Cândido, *A criança*, ob. cit., pág. 819 a 821. SANTOS, André Teixeira dos, *Do consentimento dos menores*, ob. cit., pág. 147 e 148.

²²⁸ Art. 1878º/2 CC, Art. 6º/2 da CDHB, Art. 12º da CDC, Art. 21º/3 do CDOM.

onde o menor, de acordo com a sua maturidade e o seu grau de discernimento, pode exprimir as suas opiniões e tomar uma decisão que se irá refletir na sua própria esfera de interesses, ao mesmo tempo que incrementam o seu livre desenvolvimento de personalidade.

Ora, se partirmos do entendimento de que o art. 38º/3 do CP se aplica apenas aos menores com mais de 16 anos e com capacidade de discernimento, estamos a impedir que um menor com 14 anos mas com o discernimento necessário possa exercer o seu direito à autodeterminação, à autonomia e livre disposição corporal com base num argumento que assenta pura e simplesmente na ausência do preenchimento do critério etário. O critério etário funcionaria aqui como “uma barreira estanque e imutável, que separa o estado de capacidade do de incapacidade de exercício, sem atender à personalidade da pessoa concreta.”²²⁹.

Impedir o menor com capacidade de discernimento de tomar uma decisão sobre a sua saúde e a sua vida (ato este que envolve bens pessoalíssimos e que implica uma reflexão e uma ponderação acerca dos seus próprios interesses e dos seus valores) só porque não atingiu ainda a idade estipulada no CP de 16 anos, não parece ser a melhor solução, uma vez que, estaríamos a privar o médico de atender à vontade de uma criança perfeitamente capaz de se autodeterminar e de formar uma decisão consciente, informada, verdadeira e não atentatória de bens jurídicos fundamentais. Estaríamos assim a vedar a possibilidade de o menor exercer um direito para o qual verdadeiramente já tem capacidade, com base única e exclusivamente no facto de o menor ainda não ter completado 16 anos.

Tal solução assente na observação rigorosa do critério etário é contrária ao superior interesse do menor e parece desajustada à realidade em que vivemos onde o menor é considerado um ser em construção e em desenvolvimento contínuo. Olhando para a sociedade moderna e para o avanço social que se tem verificado, constatamos que existem crianças de 14 anos que têm maiores capacidades intelectuais e cognitivas do que outras que já atingiram a maioridade, tudo depende de um processo prolongado e progressivo que é influenciado pelas vivências e experiências da criança ao longo da sua vida, numa sociedade marcada por uma infância cada vez mais curta e uma adolescência antecipada, muito influenciada por uma acesso crescente à internet e à televisão que fomentam ainda mais a curiosidade sobre o mundo e os deixa mais informados, bem como pelo facto de na educação

²²⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *A capacidade*, ob. cit., pág. 201.

serem cada vez mais implementadas medidas tendentes ao crescimento social infantil e desenvolvimento de um leque de conhecimentos ainda mais abrangente na educação sexual, que estimulam ainda mais as faculdades do menor²³⁰. Conforme frisa Mafalda Francisco Matos, “Os pediatras têm (...) considerado que a capacidade de decisão, em diferentes idades, se prende com a maturidade” e “A maturidade, cognitiva e psicológica, pode ocorrer, (...) em diferentes idades.”²³¹.

Não faz sentido estar a vedar um direito ao menor com suficiente capacidade de discernimento só porque este ainda não completou 16 anos, até porque verdadeiramente há casos em que o menor, por se deparar com situações de doença ou de particular fragilidade situa-se, muitas das vezes, “num estágio de evolução superior ao de muitas outras crianças da mesma idade.”²³² que deve ser pelo direito considerado. Pensemos, a título de exemplo numa criança com 14 anos que sofre de doença prolongada, esta terá, à partida, por todas as vivências sofridas, um grau de maturidade mais elevado e uma capacidade para lidar com determinados problemas muito maior do que uma criança com 16 anos que nunca sofreu de qualquer patologia. Assim, não faz sentido os direitos de personalidade da criança serem limitados pelo simples facto de ainda não ter atingido uma idade-limite, quando o desenvolvimento intelectual, emocional e psicológico já se revela bastante para que possa tomar uma decisão informada, refletida e racional e consentir validamente. Destarte, “Os menores não podem ser pensados como um grupo etário. 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 não pode não focar aquilo que, *grosso modo*, é 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.”²³³.

Assim, independentemente da idade do menor, defendemos que tudo dependerá da avaliação levada a cabo pelo médico (onde a vulnerabilidade, grau de instrução, estado emocional, autonomia, a maturidade, desenvolvimento cognitivo e psicológico, capacidade de compreensão e ponderação e as próprias experiências pessoais do menor assumem

²³⁰ Veja-se, por ex., a Lei n.º 60/2009 de 6 de Agosto que estabelece o regime de aplicação da educação sexual em meio escolar.

²³¹ MATOS, Mafalda Francisco, *O problema da (ir)relevância*, ob. cit., pág. 67.

²³² MATOS, Mafalda Francisco, *O problema da (ir)relevância*, ob. cit., pág. 59.

²³³ MATOS, Mafalda Francisco, *O problema da (ir)relevância*, ob. cit., pág. 68 e 69.

particular relevo), cabendo ao médico, após a sua avaliação, agir em conformidade com a mesma. A vontade do menor, que demonstre ter capacidade de discernimento para tomar decisões informadas²³⁴, refletidas e sérias no domínio da sua saúde e da sua personalidade, deve ser respeitada, sendo certo que este respeito pela autodeterminação do menor já vem sendo reforçado pelo direito internacional, convencional e constitucional.

Conforme frisa André Dias Pereira, “consentir numa intervenção médica é um ato pessoalíssimo, que tutela os bens jurídicos da mais elevada dignidade axiológica e constitucional: integridade física e moral da pessoa humana (art. 25.º da Constituição da República) e a autodeterminação nos cuidados de saúde. Bens jurídicos esses que constituem uma expressão clara do princípio da dignidade humana.”²³⁵. Ora, se assim é, cremos que torna-se fulcral proteger a dignidade humana do menor, reconhecendo-lhe espaço para que possa, através da sua autonomia progressiva, concretizar a sua liberdade pessoal.

Em suma, o menor com menos de 16 anos pode ter capacidade para consentir no ato médico e um menor com idade igual ou superior a 16 anos poderá não ter essa capacidade: a solução assenta precisamente no discernimento que lhes seja reconhecido, funcionando este como um critério verdadeiramente indispensável à capacidade.

1.2. Breve excursão pelas soluções que versam sobre o consentimento informado dos menores ao nível do direito comparado

Analisada a solução no direito português, cumpre agora analisar ainda que de forma lacónica, algumas das soluções adotadas no direito comparado quanto a esta problemática que parecem dar especial importância à crescente autonomia do menor e à vontade e opinião deste.

Na ótica do Direito comparado, assume especial relevo a solução preconizada no CC de **Macau**, que estabelece no seu Artigo 69º/2 que “(...) a limitação voluntária dos direitos de personalidade é eficaz se nela consentir maior de 14 anos que possua o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta.”. Contudo, o nº3 desse mesmo preceito dispõe que, “Ainda que o menor não tenha 14 anos, o

²³⁴ Conforme sustenta Ana Amorim, a criança, como qualquer adulto “não pode prestar um verdadeiro consentimento informado se não tiver na posse de todas as informações importantes relativas ao seu estado de saúde e ao tratamento aconselhável.”. AMORIM, Ana, *O consentimento informado de menores: Reflexões*, ob. cit., pág. 118.

²³⁵ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *A capacidade*, ob. cit., pág. 201 e 202.

consentimento do representante legal não é eficaz se for prestado com a oposição do menor, contanto que este possua o discernimento referido no número anterior.”²³⁶. Dá-se, assim, relevo à oposição do menor mesmo que este ainda não tenha completado 14 anos²³⁷.

Em **Espanha**, a questão do consentimento informado foi alvo de um olhar atento por parte da jurisprudência, desde, pelo menos, 1959²³⁸. A matéria sobre o consentimento informado encontra-se, atualmente, prevista na Lei 41/2002, de 14 de Novembro que regulamenta a autonomia básica do paciente e os direitos e obrigações relativos à informação e documentação clínica, mais especificamente no art.9º que dispõe sobre os limites do consentimento informado e consentimento por representação. Nos termos do art. 9º/3/c) quando o paciente menor não revele ter capacidade de discernimento, isto é, não for capaz de compreender o alcance da intervenção, o consentimento será dado pelos seus representantes legais do menor, ouvido o seu parecer, de acordo com o disposto no artigo 9º da Lei Orgânica 1/1996, de 15 de Janeiro, de Proteção Jurídica de Menores²³⁹. Por sua vez, de acordo com o art. 9º/4 da Lei 41/2002 aos maiores de 16 anos é-lhes reconhecida capacidade para consentir.

Em **França**, no final do Séc. XIX, foi também através da jurisprudência que se afirmou pela primeira vez a necessidade de se obter o consentimento do paciente para qualquer intervenção como um dever do médico²⁴⁰. No que diz respeito especificamente aos menores, de acordo com o art. 371º/1 do CC Francês, até que o menor atinga a maioridade ou seja emancipado, compete aos detentores do poder paternal zelar pela sua segurança, saúde e moralidade, assim como garantir a sua educação e propiciar o seu desenvolvimento, com respeito à pessoa do menor, ou seja, compete aos pais exercer os direitos do menor como paciente. No entanto, atendendo ao disposto na parte final do artigo, os pais devem informar a criança e permitir que esta participe nas decisões que lhe dizem respeito, de acordo com sua idade e o seu grau de maturidade²⁴¹.

²³⁶Disponível em: <https://bo.io.gov.mo/bo/i/99/31/codcivpt/codciv0001.asp#11>. Para mais desenvolvimentos sobre o referido preceito, vide PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota, *Os direitos de personalidade no Código Civil de Macau*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXVI, Coimbra, 2000, Pág. 226 a 228.

²³⁷ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 292.

²³⁸ RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 45.

²³⁹ Cfr. Art. 9º/1 e 2 da Ley Orgânica 1/1996.

²⁴⁰ RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento informado*, ob. cit., pág.43 e nota 55.

²⁴¹ Por sua vez, o Code de la Santé Publique, dispõe no Artigo L1111-2 que “II. Les droits des mineurs mentionnés au présent article sont exercés par les personnes titulaires de l'autorité parentale ou par le tuteur,

Na **Bélgica**, não se faz referência a uma idade para o consentimento, vigorando antes a regra de ponderação/avaliação concreta da capacidade de discernimento do menor. De acordo com o art. 12º/1 e 2 da Lei dos Direitos dos Pacientes (Lei 22 de Agosto de 2002) quando se verifique que o menor não tem capacidade para consentir, compete aos pais dar a autorização para que se possa realizar o tratamento médico, ainda que o menor seja envolvido em todo o processo de acordo com a sua idade e maturidade. A capacidade para consentir é avaliada em cada caso concreto e se o menor demonstrar ter capacidade para perceber a sua situação clínica e as especificidades da intervenção que o médico pretende levar a cabo nele próprio, pode prestar validamente o consentimento de forma autónoma, seja qual for a sua idade²⁴².

Na **Alemanha**, nos termos do Artigo 1596º/ 2 do CC Alemão, estando perante um menor com idade inferior a 14 anos, o médico deve prestar as informações e esclarecimentos necessários aos pais e deve obter o consentimento por parte destes. Caso o menor tenha idade igual ou superior a 14 anos e revele ter capacidade de discernimento, pode prestar autonomamente o seu consentimento para intervenção médica, ainda que os pais devam também ser consultados, quando isso não ponha em causa o dever de confidencialidade, o que normalmente acontece quando estão em causa intervenções que não revestam carácter urgente e que se encontram envoltas num maior grau de complexidade²⁴³.

Na **Holanda** assume destaque a Lei de 17 de Novembro de 1994 sobre o contrato de prestação de serviços médicos que adotou a ideia de consentimento do próprio menor na intervenção médica consoante a sua idade, a maturidade e a capacidade de discernimento e,

qui reçoivent l'information prévue par le présent article, sous réserve des articles L. 1111-5 et L. 1111-5-1. Les mineurs ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée à leur degré de maturité.”

²⁴² A lei belga que procedeu à legalização da eutanásia em 2002, foi alterada em 2014 para passar a admitir a eutanásia infantil sem limitação etária, tornando-se assim, o primeiro país do mundo a permitir realização da eutanásia a menores, independentemente da idade. As condições impostas pela lei não deixam, no entanto, de ser exigentes. Assim, de acordo com esta lei para que o menor possa recorrer à eutanásia, é necessário que esteja a vivenciar uma situação médica sem qualquer esperanças de cura, onde a dor se revela constante sem poder ser amenizada e que levará ao seu falecimento num curto espaço de tempo. Ainda que não se verifique qualquer limitação em função da idade, a lei estabelece igualmente que a criança precisa de ter capacidade de discernimento (cuja avaliação é levada a cabo pelo médico responsável pelo processo e por um psiquiatra infantil) e estar consciente da sua decisão, sendo ainda necessário que os pais concordem com o procedimento e que este pedido da eutanásia seja realizado por escrito. A este propósito, *vide*: <https://epoca.oglobo.globo.com/tempo/noticia/2014/02/belgica-vota-projeto-de-lei-que-autoriza-beutanasia-de-criancasb.html> e <https://observador.pt/2018/08/08/belgica-concedeu-eutanasia-a-menores-com-9-11-e-17-anos/>.

²⁴³ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 300.

segundo a qual, podemos agrupar 3 faixas etárias no que diz respeito ao consentimento: Os menores com menos de 12 anos são considerados incapazes de pesar os seus interesses e se autodeterminar de acordo com essa mesma ponderação, sendo requerida sempre a autorização dos pais ou representante legal antes de qualquer intervenção. Quanto aos menores com idades compreendidas entre os 12 e os 15 anos presume-se a sua capacidade de discernimento (salvo prova em contrário) e estabelece-se a necessidade de uma dupla autorização, ou seja, para a realização de uma dada intervenção será exigido o consentimento do menor e autorização dos pais ainda que o peso conferido a ambos se revele diferente. Com efeito, no caso de o menor recusar a intervenção, esta não pode ser realizada. Todavia, se os pais recusarem, a intervenção poderá ser realizada desde que para tanto, o menor tenha prestado o seu consentimento e esteja em causa um tratamento que se afigure imprescindível para impedir perigo grave para a vida ou saúde do menor (art.450º/2 CC Holandês). No caso de o menor com mais de 12 ser considerado incapaz de decidir, deve ser pedida a autorização aos pais. No entanto, mesmo nesta situação, se o menor se opuser à intervenção, esta não pode ser realizada, a não ser que se revele absolutamente fundamental para o defender de grave dano para a sua saúde ou vida. Por fim, o menor que tenha mais de 16 anos é considerado capaz de prestar o seu consentimento autonomamente para intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos (art. 447º/1 do CC Holandês). Importa ainda salientar que, no que diz respeito à questão de saber como é que se determinada quando é que um menor entre os 12 e 15 anos possui ou não suficiente capacidade de discernimento para prestar o seu consentimento, a lei holandesa parece adotar uma solução que tem na sua base uma avaliação casuística por parte do médico²⁴⁴.

Na **Inglaterra**, os menores podem prestar por si próprios o consentimento para uma intervenção médica a partir dos 16 anos, desde o momento em que foi aprovado o Family Law Reform Act 1969²⁴⁵. No entanto, os menores com idade inferior a 16 anos também podem prestar o seu consentimento, desde que revelem ter capacidade de discernimento que deve ser avaliada à luz dos testes Gillick²⁴⁶, criados por Lord Scarman e habitualmente

²⁴⁴ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, pág. 297 e 298. MARTINS, Rosa Cândido, *A criança*, pág. 818, nota 88.

²⁴⁵ Cfr. Section 8 of the Family Law Reform Act 1969.

²⁴⁶ Estes testes tiveram origem por força de um processo gerador de uma grande polémica que chegou à House of Lords em 1985, que ficou conhecido como o caso *Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*. No centro de toda esta problemática, estava uma circular emitida em 1974 pelo *Department of Health and Social Security* que permitia que os médicos prescrevessem contraceptivos a menores com idade inferior a 16 anos sem o consentimento parental. Segundo esta circular, o critério etário não era um bom critério

designados como *competência para Gillick* destinados à aferição da capacidade dos menores para consentir em tratamentos médicos.

2. A importância do dever de confidencialidade

Segredo vem do latim “secretum” e significa coisa que se diz a outrem mas que não deve ser do conhecimento de terceiro e no âmbito da medicina, a intervenção médica que seja autorizada pelo menor que tenha capacidade para prestar o seu consentimento de forma autónoma e livre, deve ser acompanhada pela proteção do *segredo* ou *sigilo médico*, isto é, pelas “garantias gerais de confidencialidade”, mesmo em relação aos detentores do poder paternal²⁴⁷.

Este dever de confidencialidade que é imposto a qualquer médico seja qual for a sua especialidade²⁴⁸ no exercício da sua profissão, revela-se de suma importância desde os tempos pretéritos, tendo sido consagrado de forma veemente no juramento hipocrático^{249 250}

para aferir a capacidade do menor para consentir, cabendo antes ao médico decidir sobre a capacidade do menor de acordo com o caso concreto e sempre em respeito pelo dever de confidencialidade que pauta a relação médico-paciente. Victoria Gillick, mãe de 5 jovens, contestou amplamente a validade desta circular e intentou uma ação em Tribunal, argumentando que o consentimento dos menores de 16 anos não poderia produzir quaisquer efeitos legais e que jamais poderia ser fornecido qualquer tratamento ao menor sem o consentimento e conhecimento dos pais. Contudo, a *House of Lords* julgou a ação improcedente, defendendo que a capacidade intelectual assume maior relevância do que a idade nesta matéria e, como tal, se após uma avaliação individualizada, a criança revelar ter inteligência, maturidade e capacidade de discernimento para perceber plenamente a natureza, as consequências, os riscos, o propósito e os efeitos prováveis do tratamento que o médico propõe ou apresenta, então seria considerada “Gillick competente child” e poderia prestar o seu consentimento validamente sem o envolvimento dos pais, promovendo assim a autonomia e independência dos menores quando estes revelem ter capacidade. Caso não satisfaça o critério Gillick, o médico terá de obter o consentimento dos pais. O litígio originado pela Sr^a Gillick produziu assim um efeito totalmente oposto àquele que era desejado, pois não só se afirmou a legalidade da circular que tinha sido emitida como também passou a ser válido o consentimento prestado para qualquer ato médico por menores de 16 anos desde que tenham competência para Gillick. Cfr. *Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, disponível em: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1985/7.html>.

²⁴⁷ OLIVEIRA, Guilherme de, *O acesso dos menores*, ob. cit., pág. 243. MATOS, Mafalda Francisco, *O problema da (ir)relevância*, ob. cit., pág. 86 e 87. AYMÁ, Alejandra de Lama, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 310 e 311.

²⁴⁸ DIAS, João Álvaro, *Responsabilidade*, ob. cit., pág. 28.

²⁴⁹ Passagem do juramento, em português: “O que eu vir e ouvir, profissionalmente ou privadamente, que não deva ser divulgado, conservarei em segredo e não direi a ninguém.”. RUEFF, Maria do Céu, *O segredo médico como garantia de não-discriminação-Estudo de caso: HIV/SIDA*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pág. 38.

²⁵⁰ Também a Declaração de Genebra da Associação Médica Mundial dispõe no Juramento do Médico que: “Eu respeitarei os segredos a mim confiados, mesmo depois que o paciente tenha falecido.”. O Código Internacional de Ética Médica também elenca enquanto dever do médico para com o paciente que, “O médico deve respeitar o direito do paciente à confidencialidade. É ético divulgar informações confidenciais quando o paciente consentir ou quando houver uma ameaça real e iminente de dano ao paciente ou a terceiros, e essa ameaça só pode ser removida por quebra de sigilo.”.

e estando atualmente previsto no art. 29º e ss. do CDOM²⁵¹. O art. 29º define-o como “condição essencial ao relacionamento médico-doente”, assentando no “interesse moral, social, profissional e ético, que pressupõe e permite uma base de verdade e de mútua confiança.”. Segundo esta obrigação de segredo, o médico não deve divulgar qualquer informação que tenha chegado ao seu conhecimento no exercício da sua profissão ou por causa dela relativa ao estado clínico ou à saúde do paciente menor, dado que este é um direito inalienável de todos os doentes (art. 30º CDOM)²⁵².

Assim, a relação dinâmica e pessoalíssima que se estabelece entre médico-paciente, pressupõe uma contínua troca de informações e revelações pessoais que se pretende confidencial por parte do destinatário beneficiado que é profissional de saúde. O médico deve preservar ciosamente tais informações, não as expando a terceiras pessoas, pois só através do respeito por este dever se assegura a verdade e fortalece a segurança e confiança que o paciente deposita no médico. Conforme sustenta Luís Vasconcelos o médico assume-se aqui como um “confidente necessário do doente” e sem esta confiança entre médico-paciente, “o doente ou não iria ao médico ou, pelo menos, conservaria para si muita da informação pertinente, prejudicando o diagnóstico e a terapia”²⁵³.

Este dever funcionada assim como uma garantia que é dada ao paciente fruto da relação que se estabelece entre médico-paciente e inicia-se desde a primeira consulta e mantém-se mesmo após a morte do doente (art. 30º/4 CDOM). Através do respeito por este dever, garante-se a proteção de vários direitos do paciente, como o direito da privacidade, mais especificamente o direito à intimidade da vida privada²⁵⁴ e o da liberdade de expressão (liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações-art.10º CEDH)

²⁵¹ Este direito à confidencialidade, encontra-se ainda presente em várias fontes internacionais e nacionais, tais como: Art. 12º da DUDH, Art. 17º PIDCP, Art. 16º CDC, Art. 8º da CEDH, Art. 10º da CDHB, Art. 26º CRP, Art. 15º da Lei nº 3/84 de 24 de Março, Ponto 9 da Carta dos Direitos e Deveres dos Utentes e Art. 195º CP.

²⁵² O art. 30º/2 do CDOM, estabelece, de modo genérico, os factos que esta obrigação de confidencialidade deve abranger.

²⁵³ ABREU, Luís Vasconcelos, *O segredo médico no direito português vigente*, in *Estudos de Direito da Bioética*, Coimbra, Almedina, 2005, pág. 266 e 269.

²⁵⁴ O direito à reserva da intimidade da vida privada analisa-se em dois direitos menores: o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada de outrem. CANOTILHO, J.J Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição*, ob. cit., pág. 467.

mas também se protege “a própria dignidade da profissão médica e a confiança da sociedade e dos pacientes na medicina e nos profissionais de saúde.”²⁵⁵.

Sendo violado este dever, para além do médico incorrer em responsabilidade civil²⁵⁶ disciplinar²⁵⁷ e criminal²⁵⁸, essa violação gera também dúvidas, insegurança e instabilidade que se pode repercutir na perda de confiança no médico por parte do paciente, aniquilando por completo a boa relação estabelecida entre ambos, causando danos e podendo ainda levar à não realização de tratamentos médicos essenciais.

No que diz respeito especificamente aos menores, este dever acaba por assumir uma magnitude redobrada não só porque incentiva os menores a procurar com menos receios a ajuda médica mas também porque viabiliza simultaneamente que lhes seja prestado um tratamento melhor e mais adaptado às suas necessidades, dado que os menores serão mais sinceros relativamente às suas complicações, fazem mais interrogações, demonstram dúvidas sobre o problema, não ocultam informações íntimas relevantes para o caso e estão mais livres nas conversas que estabelecem com o profissional de saúde. Toda esta maior abertura justifica-se por força do sentimento que os menores têm de saber que tudo aquilo que transmitirem ao médico ficará entre eles não receando o possível conhecimento por parte dos seus pais, por saberem que o segredo será rigorosamente observado pelo médico e que têm assim direito a um espaço confidencial.

Casos há, todavia, em que este dever pode sofrer limitações. O art. 32º do CDOM prevê 4 situações que excluem o dever de segredo médico, são elas: a) O consentimento do doente ou, em caso de impedimento, do seu representante legal, quando a revelação não prejudique terceiros com interesse na manutenção do segredo médico; b) O que for absolutamente necessário à defesa da dignidade, da honra e dos legítimos interesses do médico ou do doente, não podendo em qualquer destes casos o médico revelar mais do que

²⁵⁵ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O dever de sigilo do médico: um roteiro da lei portuguesa*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Nº 19, 2009, pág. 27.

²⁵⁶ Esta responsabilidade justifica-se pela violação de um direito absoluto, designadamente, o direito à privacidade. (art. 70º, 80º e 483º CC).

²⁵⁷ Sobre a responsabilidade disciplinar do médico, cfr. Estatuto da Ordem dos Médicos (Art. 67º/1 do DL nº 282/77 de 5 de Julho) e DIAS, Jorge Figueiredo e MONTEIRO, Jorge Sinde, *Responsabilidade*, ob. cit., pág. 12 e 13.

²⁵⁸ Cfr. art. 195º CP.

o necessário, nem o podendo fazer sem prévia autorização do Presidente da Ordem; c) O que revele um nascimento ou um óbito; d) As doenças de declaração obrigatória²⁵⁹.

Também no caso específico dos menores, este direito não é absoluto, podendo sofrer restrições em situações limite ou de inevitabilidade. Assim, poderá ser necessária a intervenção dos titulares do poder paternal, quando o médico precisar de garantir o seu apoio para a prestação de cuidados ao filho, bem como para a prática de atos jurídicos realizados no interesse do menor e que cabe a eles efetuar, pelo que nestes casos justifica-se que o médico procure obter o consentimento do menor antes de proceder à revelação dos factos aos pais²⁶⁰. Em suma, é à luz da relação de cuidado que se estabelece entre pais e filhos que se pode justificar, em situações excepcionais, o afastamento do sigilo médico²⁶¹.

No entanto, em situações extremas, onde não existe o consentimento do menor e este pretende manter a confidencialidade, poderemos igualmente ponderar a existência de um caso de escusa do segredo, quando o médico entender que a divulgação aos pais se revela fundamental para asseverar novos tratamentos e cuidados que se afiguram essenciais para proteger os interesses do menor, que se mostram súperos quando comparados com a garantia da confidencialidade. A justificação para o afastamento do sigilo médico apoia-se nas regras da colisão de direitos (art. 335º CC) e do direito de necessidade (art.34º CP e 339º CC) ou do conflito de deveres (art. 36 do CP)²⁶².

3. O Dissentimento do menor

Segundo o disposto no Ponto 8 dos Direitos dos Doentes da Carta dos Direitos e Deveres dos Doentes, o paciente “tem o direito a dar ou recusar o seu consentimento, antes de qualquer acto médico ou participação em investigação ou ensino clínico”²⁶³.

²⁵⁹ Cfr. Portaria 1071/98, de 31 de Dezembro que aprova as tabelas das doenças de declaração obrigatória ordenada de acordo com o código da 10ª Revisão da Classificação Internacional de Doenças.

²⁶⁰ RIBEIRO, Geraldo Rocha, *Quem decide pelos menores?*, ob. cit., pág. 131 e 132. OLIVEIRA, Guilherme de, *O acesso dos menores*, ob. cit., pág. 243.

²⁶¹ RIBEIRO, Geraldo Rocha, *Quem decide pelos menores?*, ob. cit., pág. 131.

²⁶² OLIVEIRA, Guilherme de, *O acesso dos menores*, ob. cit., pág. 243 e 244.

²⁶³ Este direito de recusa é igualmente mencionado no art.3º/1 da Lei nº 15/2014 de 21 de Março e no art. 24º/2 do CDOM e tem vindo a ser defendido por toda a Europa e EUA. Em Espanha, o paciente pode recusar o tratamento embora com a exigência da mesma ter de ser passada por escrito (art.2/4 da Ley nº41/2002, de 14 de Novembro). Em Itália, a jurisprudência tem entendido que se o paciente recusa um tratamento, essa recusa deve ser respeitada, independentemente da apreciação que o profissional de saúde faça relativamente a essa decisão. O Supremo Tribunal irlandês, no caso *In Re a Ward of Court* (1995) também referiu expressamente a possibilidade de o paciente recusar o tratamento mesmo que isso possa levar ao seu falecimento. PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 502 e 503.

Este direito a recusar um tratamento médico é um direito fundamental que assenta no direito à autodeterminação, no direito à liberdade religiosa (art. 41º CRP), no direito à integridade física e moral (art. 25º/1 CRP) e ainda no direito à liberdade de consciência (art. 41º/1 CRP) e pode surgir diante das propostas de informação, de intervenção para prognóstico, para diagnóstico ou para terapia ou após o consentimento, revogando essa vontade exprimida²⁶⁴.

Em todo o processo comunicacional que se estabelece entre médico-paciente, não se visa que o paciente concorde com tudo o que o médico propõe mas sim que o paciente ao qual é reconhecida capacidade, tome uma decisão válida, livre, expressa, consciente e fundamentada, de acordo com a sua vontade real, sendo certo que dessa decisão não resulta necessariamente uma aceitação, podendo ser uma decisão de não consentimento no tratamento médico, cabendo ao profissional de saúde respeitar a vontade manifestada pelo doente, ainda que a decisão do paciente possa ter prejuízos para a sua própria vida ou saúde, ou possa mesmo implicar a sua morte. Assim, “pode o doente recusar uma operação e desse modo suportar um encurtamento da sua vida.”²⁶⁵.

Fala-se aqui de um *direito a morrer* e por muito absurda e descabida que possa parecer ao médico esta decisão de recusa, ele deve atender à vontade do paciente não realizando o tratamento, tendo o paciente o direito a tomar boas ou más decisões²⁶⁶. Sendo certo que, o médico que obedecer à vontade do paciente que recusa um tratamento medicamente indicado capaz de preservar ou mesmo lhe salvar a vida, não incorre na prática de um crime de auxílio ao suicídio (art. 135º CP) ou de homicídio a pedido da vítima (Art.134º CP)²⁶⁷.

Pensemos no caso, gerador de alguma polémica, de um paciente que manifesta expressamente a sua vontade consciente de recusa de uma transfusão sanguínea por ser Testemunha de Jeová, preferindo ter um prejuízo na sua vida ou na sua saúde em vez de receber essa transfusão. No seguimento do que temos vindo a dizer, cabe ao médico respeitar

²⁶⁴ RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 354 e 355.

²⁶⁵ SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O Direito Geral*, ob. cit., pág. 206, nota 400.

²⁶⁶ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 507. Nas palavras de João Vaz Rodrigues, “É a faculdade de recusa e a livre revogabilidade do consentimento que servem de prova de esforço e de teste para que a dignidade individual não seja consumida pelas boas intenções que coloquem o ser humano em permanente estado de incapacidade: em servidão da inteligência alheia.”. RODRIGUES, João Vaz, *A recusa do paciente perante intervenções médicas*, Tese apresentada à Universidade de Évora para obtenção do Grau de Doutor em Teoria Jurídico-Política e Relações Internacionais, Évora, 2015, pág. 266.

²⁶⁷ ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense*, ob. cit., pág. 605 e 606. No mesmo sentido, PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 502.

as opções religiosas que motivam a decisão de recusa do paciente e, deste modo, abster-se de agir²⁶⁸, sem que com isso incorra em responsabilidade, pois caso contrário, realizando a transfusão contra a vontade do paciente não estaria no exercício de nenhum direito e o seu comportamento seria, inclusive, punido penalmente²⁶⁹.

No entanto, apesar deste direito à recusa ser defendido em Portugal e em vários países, a verdade é que esta questão em torno do dissentimento não deixa de inquietar a jurisprudência de todo o mundo, onde por vezes se dá prevalência ao direito à autodeterminação, à dignidade individual, à liberdade religiosa e à liberdade de consciência e noutras o direito à saúde e vida impera²⁷⁰.

Frise-se, no entanto, que mesmo perante a recusa do paciente, recai sobre o médico um dever de informar e esclarecer²⁷¹, desde logo, porque é necessário assegurar que o dissentimento tem na sua base esclarecimentos congruentes. O médico assume aqui o papel de “conselheiro”²⁷² de modo a que, o doente perceba as consequências e os riscos que derivam da sua recusa e compreenda que em virtude da mesma, poderá não recuperar, ter um agravamento do seu problema de saúde ou em casos extremos, poderá falecer. Nestas informações devem ser fornecidas, inclusive, outras alternativas ao tratamento proposto²⁷³.

Se o dever de informar e esclarecer assumia uma importância crucial para que se possa obter o consentimento, na recusa intensifica-se o seu valor²⁷⁴ e isto porque podemos estar perante uma recusa por parte do paciente a um tratamento que visa proporcionar significativas melhoras e não sendo prosseguido poderá proporcionar um encurtamento da sua vida. Ademais, muitas vezes a recusa pode ser motivada por medos irracionais ou mesmo pela ignorância, pelo que se torna fulcral manter um diálogo recíproco e intensificar as informações, de modo a averiguar se estamos perante uma recusa discernida²⁷⁵. Frise-se, no entanto, que também não se poderá responsabilizar o médico por não ter conseguido

²⁶⁸ Cfr. art. 26º/1 CDOM, ponto 3 e 6 do Parecer 46/CNECV/05 sobre a objeção ao uso de sangue e derivados para fins terapêuticos por motivos religiosos e ponto 2 da Carta dos Direitos e Deveres dos Doentes.

²⁶⁹ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 505.

²⁷⁰ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 505 e 506.

²⁷¹ O Parecer 46/CNECV/05 dispõe expressamente no ponto 5 que, “Para qualquer tratamento existe o dever de esclarecimento prévio, o qual, em caso de haver recusa, deverá ser reiterado.”.

²⁷² PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 419.

²⁷³ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 507.

²⁷⁴ RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 355.

²⁷⁵ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 507 e 508.

convencer o seu paciente a aceitar um tratamento que seria benéfico para a sua saúde ou para lhe salvar a vida²⁷⁶.

Face ao exposto, consideramos que os requisitos exigidos para o dissentimento, devem ser os mesmos requisitos que se devem verificar aquando da prestação do consentimento, ou seja, o dissentimento para uma intervenção médica deve ser prestado por uma pessoa que tenha capacidade para realizar essa recusa e é igualmente necessário que essa recusa seja informada e esclarecida.

No que diz respeito à capacidade, apesar de geralmente a questão ser pacífica quando o paciente é maior de idade, no caso dos menores, os problemas intensificam-se.

Cumprindo, antes de mais, diferenciar se estamos perante uma recusa que provém do medo, nervosismo ou insegurança ou se, pelo contrário, estamos diante de uma recusa racional, refletida e responsável. Assim, parece pouco razoável aceitar a recusa para um tratamento que se revele essencial para a sua saúde ou vida que tenha na sua base por ex., o medo que o menor tem de agulhas ou de hospitais²⁷⁷. Estando perante uma decisão de recusa conscienciosa de não querer realizar o tratamento por não ser esse do seu melhor interesse, a questão reside em saber se pode ou não ser tomada pelo menor que revele ter capacidade.

Tendo em conta que estamos aqui no âmbito de questões que interferem diretamente com bens tão pessoais do menor como a sua vida e saúde e que o dissentimento poderá ter nestes bens repercussões mais desvantajosas e negativas do que o consentimento, alguma doutrina tem se revelado reticente quanto a esta problemática preferindo adotar uma posição paternalista onde ao menor não é reconhecida capacidade para dissentir.

André Teixeira dos Santos defende que o facto de ser reconhecida capacidade ao menor para consentir autonomamente quando estejam preenchidos os requisitos legalmente exigidos, não significa que lhe seja reconhecida capacidade para dissentir e uma vez que o legislador não consagra nenhuma “maioridade especial” para a recusa, deve prevalecer assim, na dúvida, a incapacidade. Ademais, o referido autor defende que, “o consentimento e a recusa não são duas faces da mesma moeda”, uma vez que, a recusa consiste numa total resistência e negação à realização da intervenção médica, independentemente do médico que

²⁷⁶ RODRIGUES, João Vaz, *A recusa do paciente*, ob. cit., pág. 304, nota 535.

²⁷⁷ AMORIM, Ana, *O consentimento informado de menores: Reflexões*, ob. cit., pág. 119 e nota 44. BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Consent, rights and choices in health care for children and young people*, London, BMJ Books, 2003, pág. 16.

a realiza, da instituição de saúde em que se realize ou da medida terapêutica que se vise executar, enquanto que o consentimento reconduz-se a um leque de decisões parciais conducentes à execução do ato médico²⁷⁸.

Deste modo, segundo o autor, “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 neste sentido, jamais se poderá “correr o risco de colocar nas mãos do menor, independentemente do grau de maturidade que efectivamente tenha, a possibilidade de este decidir não ser submetido a um acto que lhe será, em princípio, benéfico, com repercursões ao nível de toda a sua vida se não for levado a cabo.”²⁷⁹.

Por sua vez, Rosa Cândido Martins considera que se for reconhecida maturidade suficiente ao menor para compreender o sentido e as consequências que resultam da sua recusa, então a sua oposição ao tratamento deve ser tida em conta. Contudo, a autora ressalva que, se a não realização do tratamento comprometer gravemente a sua saúde ou vida, pode o médico, com a autorização dos representantes legais, forçar a vontade do menor²⁸⁰.

Esta questão da recusa também tem sido alvo do olhar atento de alguns tribunais do Reino Unido que apesar de após o caso Gillick, terem passado a reconhecer capacidade ao menor para consentir num ato médico quando este revele ter competência para Gillick, o mesmo não se verifica no que diz respeito à recusa, sendo esta desconsiderada e completamente vedada²⁸¹.

O caso de Adam Herry é um dos vários casos que aborda amplamente esta questão da recusa do ato médico por um jovem. Adam Herry era um jovem de 17 anos que se encontrava a 3 meses de completar 18 anos. Este jovem sofria de leucemia e precisava urgentemente de uma transfusão sanguínea mas recusava-se a dar o consentimento por ser Testemunha de Jeová. O advogado de Adam, atestou que a vontade de Adam era uma vontade livre e competente, tendo afirmando, inclusive, que o jovem era detentor da “competência de

²⁷⁸ SANTOS, André Teixeira dos, *Do consentimento dos menores*, ob. cit., pág. 153.

²⁷⁹ SANTOS, André Teixeira dos, *Do consentimento dos menores*, ob. cit., pág. 152.

²⁸⁰ MARTINS, Rosa Cândido, *A criança*, ob. cit., pág. 825.

²⁸¹ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Temas de Direito Pediátrico: saúde da criança, capacidade e sujeição a responsabilidades parentais*, 1ª edição, Coimbra, Gestlegal, 2021, pág. 186 e 187. PERERA, Anthony, *Can I Decide Please? The State of Children's Consent in the UK*, *European Journal of Health Law*, 15, 2008, pág. 415 e 416.

Gillick”. Contudo, a decisão que veio a ser tomada foi contra a vontade de Adam e a transfusão de sangue acabou por ser realizada. A juíza considerou que a vida era mais importante do que a fé e a dignidade do menor incluída no direito de recusar a intervenção. Passado algum tempo, Adam foi assombrado novamente com a doença que implicava de novo uma transfusão de sangue. No entanto, sendo já competente aos olhos da lei naquele momento, acabou por recusar o tratamento e acabou por falecer²⁸².

Partindo deste caso, cumpre destacar a posição de dois autores sobre a questão de saber se o menor pode ou não recusar um tratamento quando este seja imprescindível para a sua vida ou saúde.

André Dias Pereira defende que o menor que seja capaz de consentir deve também ser capaz de dissentir pois caso contrário “toda a tese da capacidade para consentir e a afirmação da autonomia do menor seria, no mínimo, funcionalizada em relação a um critério heterónimo do que sejam os melhores interesses do menor maduro”²⁸³ e apresenta ainda outro argumento no sentido de admitir a recusa do menor maduro mesmo quando se tratam de intervenções que se afigurem necessárias para a sua vida ou saúde. Segundo o autor, atendendo ao preceituado no art. 1886º CC, todo o menor com idade igual ou superior a 16 anos pode escolher livremente a sua religião e a recusa de determinados tratamentos essenciais à vida “enquanto livre expressão da personalidade do indivíduo tem por fundamento precisamente a liberdade de consciência, de religião e de culto (art. 41º CRP)”. Ora, este argumento de que o menor pode recusar certos tratamentos vitais com fundamento no art. 41º CRP poderá colidir, não só com o disposto no art. 69º e 70º da CRP, mas também contra o disposto no art. 1878º CC. Neste sentido, André Dias Pereira defende que, talvez a solução passa-se por aderir no nosso ordenamento, a uma norma já adotada na Áustria, onde se impõe ao médico que este chame os pais de modo a que estes também possam intervir e cooperar na formação da decisão do menor, quanto este deseja uma solução que possa comprometer gravemente a sua vida e saúde. Contudo, o autor defende que nos casos em que não se chegue a um acordo, dever-se-á dar prevalência à vontade do menor e ressalva

²⁸² Sobre este caso, *vide* SILLMANN, Marina Carneiro Matos e SÁ, Maria de Fátima Freira de, *A recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: uma análise a partir da competência de Gillick*, in *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*, Vol. I, Nº2, Minas Gerais, 2015, pág. 76 e ss.

²⁸³ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 321.

que nestes casos em que da recusa possa resultar grave risco para a saúde do menor deverá haver uma especial exigência na avaliação da capacidade para consentir²⁸⁴.

Em sentido diverso, André Teixeira dos Santos refutando os argumentos apresentados, defende que, primeiro consentir não é sinónimo de dissentir. Segundo, não se está a funcionalizar a autonomia do menor uma vez que não faria sentido funcionalizar uma coisa, cuja própria existência se está a negar. Terceiro, entende que ainda que ao menor lhe tenha sido reconhecido o discernimento necessário para escolher a sua religião, isso não significa que lhe tenha sido reconhecido capacidade para tomar uma decisão que implique morrer em nome dessa mesma religião. Assim, conclui o autor que, apesar de a liberdade de religião e de consciência do menor ser respeitada, a verdade é que quando a mesma ponha em risco o seu direito à vida, integridade física e o seu direito à saúde, estes prevalecem sobre o seu direito à autodeterminação²⁸⁵.

À face do exposto e na qualidade de defensores de uma crescente autonomia, liberdade, independência e autogoverno do menor conferida de acordo com o seu discernimento, consideramos que se ao menor for reconhecida capacidade para “compreender o alcance, a índole e as consequências da intervenção e da recusa do tratamento”, de maneira a que lhe seja reconhecida capacidade para consentir no ato médico, também lhe deverá ser reconhecida capacidade para dissentir²⁸⁶.

No entanto, defendemos que esta regra tem uma exceção, isto é, quando da recusa do tratamento pelo menor possa resultar um sério risco para a vida ou saúde do menor, entendemos que o médico deverá rejeitar ou vetar esta decisão do menor, dando prevalência ao princípio da beneficência em detrimento da autonomia do menor. Existe aqui um dever do Estado de proteger a vida, designadamente do menor e, como tal, a autonomia deste não deve ser absoluta, devendo ser tomados em consideração o seu bem estar e os seus interesses. Ressalve-se contudo que, com esta interpretação não queremos dizer que o menor é incapaz. Ele é capaz e a sua decisão é válida mas por ser manifestamente contrária aos seus interesses,

²⁸⁴ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, pág. 321 e 322.

²⁸⁵ SANTOS, André Teixeira dos, *Do consentimento dos menores*, ob. cit., pág.153 e 155 e nota 104.

²⁸⁶ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 321. No mesmo sentido, RIBEIRO, Geraldo Rocha, *Quem decide pelos menores?*, ob. cit., pág. 126. FARIA, Maria Paula Ribeiro de, *A “lei do sangue”*, ob. cit., pág. 268. MATOS, Mafalda Francisco, *O problema da (ir)relevância*, ob. cit., pág. 125. ALFAIATE, Ana Rita, *Autonomia e Cuidado*, ob. cit., pág. 25.

o médico poderá realizar a intervenção, rejeitando essa decisão e dando preferência ao seu bem estar.

Podrá haver aqui uma certa hesitação em acatar este entendimento, uma vez que, se assim fosse, estaríamos no fundo a retirar ao menor a sua autonomia e competência, a desconsiderar a sua vontade e forçá-lo a realizar um tratamento para o qual não consentiu, podendo esta desvalorização da sua vontade ter repercussões negativas na vida social, no psicológico do menor e podendo ainda afetar o próprio êxito da intervenção. No entanto, é precisamente por estes motivos que é imperioso que as vantagens em prosseguir com o tratamento sejam superiores às desvantagens e tenham valor suficiente para ser priorizadas em relação à vontade do menor.

Ademais, o médico necessitará ou do consentimento dos pais ou do tribunal para que possa proceder à intervenção, já que se afigura essencial um consentimento válido, o que significa que haverá de imediato uma quebra da obrigação de sigilo profissional, o que poderá, como vimos, gerar insegurança nos menores e poderá levar a que estes se abstenham de recorrer aos serviços médicos no futuro. Neste sentido, reforçamos mais uma vez a ideia de que esta possibilidade de o médico vetar a decisão do menor apenas deverá ter lugar em casos verdadeiramente extremos, críticos e preocupantes de grave risco para a vida ou saúde do menor.

Fora estes casos, defendemos que se o menor tiver suficiente maturidade e discernimento para compreender a sua opção em não se submeter ao tratamento e o impacto que a mesma tem na sua saúde, tendo consciência daquilo que é melhor para si e para o seu corpo, revelando a capacidade necessária para conseguir compreender a questão a que a ele especificamente diz respeito e estiver munido de todas as informações e esclarecimentos que se afigurem necessários, dever-lhe-á ser reconhecida capacidade para recusar ser submetido a uma determinada intervenção, salvaguardando o seu direito à liberdade e autodeterminação sobre o seu próprio corpo.

Capítulo IV – Suprimento da incapacidade dos menores

1. Meio de suprimento: As responsabilidades parentais

Estando perante um menor incapaz de prestar o consentimento e doente, este encontra-se numa situação de especial e dupla vulnerabilidade, pelo que carece de uma cuidada proteção e torna-se necessário zelar pelos seus direitos e interesses.

Ora, as consequências imediatas que se podem retirar de uma pessoa ser considerada incapaz para prestar o seu consentimento no que diz respeito a questões relativas à sua vida e saúde, consistem precisamente no facto de a ordem jurídica postular que a mesma não poderá decidir sozinha se aceita ou não uma intervenção que afetará os seus próprios bens jurídicos, o que faz com que a sua capacidade de autodeterminação fique restringida²⁸⁷.

No entanto, como afirma Capelo de Sousa, “as pessoas privadas de capacidade de exercício de direitos e obrigações têm capacidade de gozo desses mesmos direitos e obrigações”, e como tal, “é necessário, para a sua própria continuidade substancial e desenvolvimento, que esta capacidade seja acionada por outrem.”²⁸⁸. Por isso, com o intuito de colmatar esta incapacidade do menor, garantir o seu cuidado e proteção e ao mesmo tempo fomentar o seu desenvolvimento intelectual, físico e emocional, o art. 124º do CC estabelece dois meios de suprimento dessa incapacidade, nomeadamente, o instituto jurídico das responsabilidades parentais²⁸⁹ e, subsidiariamente, a tutela²⁹⁰. Assim, ao estabelecer estes meios de suprimento a lei impede que, “a incapacidade do menor abra uma situação de bloqueio na vida jurídica. Antes de mais, é a própria defesa pessoal do incapaz que impede que assim aconteça”²⁹¹.

Focando-nos apenas no instituto das responsabilidades parentais, que é visto como o meio principal e de maior relevo na tutela da criança, sabemos que de acordo com o art.68º/1 da CRP os pais gozam do “direito à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua

²⁸⁷ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 154 e 155.

²⁸⁸ SOUSA, Rabindranath Capelo de, *Teoria Geral*, ob. cit., pág. 254.

²⁸⁹ Art. 1877º e ss., sendo que poderemos distinguir responsabilidade parentais relativas à pessoa do filho (Art. 1885º e ss.) e responsabilidade parentais relativas aos bens do filho (Art. 1888º CC e ss.).

²⁹⁰ No caso de os pais estarem inibidos ou não poderem exercer o seu poder paternal, aplica-se o regime da tutela (Art. 1921º CC). O cargo de tutor recairá sobre a pessoa nomeada pelos pais ou pelo tribunal de menores (art. 1927º CC) e estes têm, com as restrições indicadas na lei, os mesmos direitos e deveres dos pais, tendo a obrigação de exercer a tutela com a diligência de um bom pai de família (art. 1935º CC).

²⁹¹ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil*, ob. cit., pág. 189.

insubstituível ação em relação aos filhos” e, por força do art. 36º/5 CRP “Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos”²⁹². Atendendo ainda ao disposto no art. 1878º/1 CC, cabe aos detentores do poder paternal, no interesse dos filhos²⁹³, velar pela segurança e saúde do menor, autorizando os tratamentos que forem necessários para a sua proteção, tendo sempre como critério orientador da sua atuação o superior interesse da criança²⁹⁴ e não o proveito dos próprios e, por outro lado, têm ainda o poder-dever de os representar na prática de atos jurídicos²⁹⁵.

Deste modo, a responsabilidade parental pode ser definida como “(...) um poder-dever atribuído aos pais por causa da incapacidade natural dos menores e para defesa dos interesses dos filhos: é um poder conferido na medida do necessário para a proteção dos menores.”²⁹⁶ ou transcrevendo as palavras de Jorge Duarte Pinheiro “(...) consistem no conjunto de situações jurídicas que, normalmente, emergem do vínculo de filiação e incumbem aos pais

²⁹² Caso este dever não seja devidamente cumprido, isso poderá culminar numa limitação ou inibição das responsabilidades parentais. Conforme dispõe o art. 36º/6 da CRP, “Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial.”.

²⁹³ Conforme afirma Carlos Alberto Mota Pinto “Esta funcionalização dos poderes atribuídos aos pais (poderes atribuídos aos pais, mas que os pais devem exercer no interesse dos filhos, isto é, para realizarem os interesses dos filhos e não os seus próprios interesses) é que leva a qualificar esses poderes como *poderes-deveres* ou *poderes-funcionais* e não como *direitos subjectivos* (exercidos no interesse do próprio titular).”. PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral*, ob. cit., pág. 232, nota 256. No mesmo sentido, RIBEIRO, Geraldo Rocha, *Quem decide pelos menores?*, ob. cit., pág. 130. MARTINS, Rosa, *Menoridade*, ob. cit., pág. 188 e 189. PINHEIRO, Jorge Duarte, *Limites ao exercício*, ob. cit., pág. 29. Carvalho Fernandes qualifica a responsabilidade parental como um *instituto complexo*. FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral*, ob. cit., pág. 273 e 274.

²⁹⁴ O Artigo 3º/1 da CDC estatui que “Todas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança.”. É deste preceito que se retira a consagração do Princípio do Superior Interesse da Criança, no entanto, este interesse volta a ser invocado no art. 18º CDC segundo o qual “interesse superior da criança deve constituir a sua preocupação fundamental” e no 9º/1, 20º/1, 21º, 37º/c) e 40º/2, alínea b), iii). Este princípio encontra consagração legal ainda no nosso Código Civil no seu Art. 1878º/1 que refere expressamente “no interesse dos filhos”, no Art.4º/a) da Lei nº 147/99, de 01 de Setembro e Art.4º da Lei n.º 141/2015, de 08 de Setembro.

O superior interesse do menor é, no entanto, um conceito vago e indeterminado. Nas palavras de Reis Monteiro “o interesse superior da criança é um princípio geral que, como todos os princípios, não tem um conteúdo determinado. É um princípio meta-jurídica cuja concreta determinação requer o contributo de outros profissionais e saberes. Tem um conteúdo sempre contextual e variável, sujeito à diversidade de interpretações de vários interessados (as próprias crianças, os pais, outros familiares, profissionais dos serviços sociais, juízes, etc.)”. MONTEIRO, A. Reis, *Direitos da Criança: Era Uma Vez...*, Coimbra, Almedina, 2010, pág. 80.

Quando em causa esteja uma situação médica, o entendimento tem sido o de que, o superior interesse da criança consiste nos tratamentos realizados pelo médico, com vista a prolongar a vida ou a prevenir riscos para a saúde do menor. BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Consent*, ob. cit., pág. 3.

²⁹⁵ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 303.

²⁹⁶ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 305. OLIVEIRA, Guilherme de, *O acesso dos menores*, ob. cit., pág. 240. MARTINS, Rosa Cândido, *A criança*, ob. cit., pág. 811.

com vista à proteção e promoção do desenvolvimento integral do filho menor não emancipado.”²⁹⁷.

Vimos já que, de acordo com a nova realidade familiar, as responsabilidades parentais e a sua proteção em relação aos menores enquanto seres vulneráveis e desprotegidos, estão diretamente subordinadas à evolução do menor, acabando por se afirmar apenas temporariamente, ou seja, à medida que os filhos vão crescendo e desenvolvendo as suas capacidades, os pais vão vendo uma redução da sua intervenção nos atos da vida do filho, sendo-lhes reconhecida autonomia progressivamente a par do seu crescimento e amadurecimento. Trata-se de uma diminuição da proteção dos menores que se vai adaptando até ele conseguir reger a sua pessoa e os seus bens, ao mesmo tempo que a intervenção dos pais se vai transformando e reduzindo gradualmente ao estritamente necessário²⁹⁸. Nas palavras de Rosa Martins, o poder paternal é uma missão temporária e evolutiva²⁹⁹.

Ora, tendo em conta que é aos pais no exercício do poder paternal que cabe, em primeira linha, zelar pela proteção da saúde do seu filho, o exercício deste poder leva a que estes sejam detentores do direito de decidir pelo filho nas questões que dizem respeito aos seus cuidados de saúde³⁰⁰, ou seja, cabe a eles prestar a autorização para a intervenção por força da incapacidade do menor³⁰¹, o que vai de encontro ao disposto no art. 21º/1 do CDOM segundo o qual, “O consentimento dos menores ou de doentes com alterações cognitivas que os tornem incapazes, temporária ou definitivamente, de dar o seu consentimento, deve ser solicitado ao seu representante legal, se possível.”.

No entanto, esta decisão dos detentores do poder paternal não se reconduz à ideia de um genuíno e próprio consentimento já que este é um ato pessoal que reflete a manifestação da vontade da própria pessoa que vai receber o tratamento, pelo que, o mais correto seria interpretar essa decisão como uma autorização^{302 303} que legitima o médico a intervir na

²⁹⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família*, ob. cit., pág. 260.

²⁹⁸ MARTINS, Rosa Cândido, *A criança*, ob. cit., pág. 816. RIBEIRO, Geraldo Rocha, *Quem decide pelos menores?*, ob. cit., pág. 119. OLIVEIRA, Guilherme de, *O acesso dos menores*, ob. cit., pág. 240.

²⁹⁹ MARTINS, Rosa, *Menoridade*, ob. cit., pág. 178 a 181.

³⁰⁰ MARTINS, Rosa Cândido, *A criança*, ob. cit., pág. 812.

³⁰¹ OLIVEIRA, Guilherme de, *O acesso dos menores*, ob. cit., pág. 244.

³⁰² O próprio Art. 6º/2 da CDHB utiliza expressamente o termo “autorização”.

³⁰³ MARTINS, Rosa Cândido, *A criança*, ob. cit., pág. 812 e 813. SANTOS, André Teixeira dos, *Do consentimento dos menores*, ob. cit., pág. 145. Nas palavras de Geraldo Ribeiro, este poder de decisão exprime “uma função de substituição da ausência de vontade da criança.”. RIBEIRO, Geraldo Rocha, *Quem decide pelos menores?*, ob. cit., pág. 129.

saúde do menor tendo em vista o melhor interesse deste último, devendo esta autorização ser esclarecida, informada, livre e anterior ao ato médico, tal como o consentimento do próprio paciente, para que se possa afirmar a sua validade e eficácia.

Caso o médico, interviesse sem pedir a autorização dos pais, respondia não só civilmente pelo desrespeito do poder paternal, isto é, pela violação de um direito de família, mas também pelo delito de intervenção arbitrária³⁰⁴. Ressalve-se, contudo, que não podemos falar de uma total liberdade de decisão por parte dos pais de dispor sobre a vida e saúde dos seus filhos³⁰⁵, não sendo esta autoridade parental absoluta, nem sendo os filhos objeto da autoridade parental ou meros sujeitos passivos^{306 307}.

Cabendo aos pais tomar decisões médicas, não podemos esquecer que a nossa lei impõe a estes um “dever positivo de respeito pela personalidade dos filhos”³⁰⁸ que se traduz no dever de, em conformidade com a maturidade que é reconhecida ao menor, “ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida” (art. 1878º/2 CC). O próprio art.6º/2 da CDHB dispõe que quando o menor carece de capacidade para consentir, a autorização no tratamento deve ser dada pelos pais mas “A opinião do menor é tomada em consideração como um fator cada vez mais determinante, em função da sua idade e do seu grau de maturidade.”³⁰⁹. Por outro lado, um dos princípios em que assenta a CDC é precisamente o princípio do respeito pelas opiniões da criança previsto no art. 12º/1 segundo o qual “Os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade.” e segundo o art. 13º/1, ao

³⁰⁴ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 330 e 331.

³⁰⁵ Conforme frisa Jorge Duarte Pinheiro, “as responsabilidades parentais relativamente à pessoa do filho, e, portanto, relativamente à sua saúde, não são conferidas para os titulares as exercerem como bem entenderem.”. PINHEIRO, Jorge Duarte, *Limites ao exercício*, ob. cit., pág. 25.

³⁰⁶ FACHIN, Luiz Edson, *Elementos críticos do Direito de família, Curso de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, pág. 223.

³⁰⁷ Como frisa Geraldo Ribeiro, “(...) em primeira linha encontram-se vinculados à vontade e estrutura de valores entretanto manifestados dentro da sua capacidade de discernimento-superior interesse da criança subjetivo - e, na eventualidade de não se poderem determinar com clareza os mesmos, terão de pautar o exercício dos seus poderes pela prossecução do superior interesse da criança no seu sentido objetivo. Este interesse releva em dois momentos: quando legitima a limitação das responsabilidades parentais e quando define e fundamenta a decisão de terceiros em favor da criança.”. RIBEIRO, Geraldo Rocha, *Quem decide pelos menores?*, ob. cit., pág. 129.

³⁰⁸ OLIVEIRA, Guilherme de, *A criança maltratada*, in *Temas de Direito da Família*, 2ª Edição aumentada, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pág. 219.

³⁰⁹ No mesmo sentido, Art. 21º/3 do CDOM.

menor é-lhe ainda reconhecido o direito à liberdade de expressão, dentro do qual se inclui a liberdade de procurar, receber e expandir informação e ideias.

Nas palavras de Mafalda Francisco Matos, através destes preceitos legais, concluímos que a CDC, “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, como acontece em sede de cuidados médicos.”³¹⁰.

Em suma, ainda que o menor seja incapaz e não tenha atingido plena maturidade ou discernimento para prestar o seu consentimento para a intervenção, o médico e os pais não ficam dispensados de o ouvir e de tentar saber qual a sua opinião³¹¹. Assim, devem sempre que possível, atender à vontade, desejos, bem como a eventuais perguntas, curiosidades ou receios que possam ser manifestados pela criança enquanto sujeito com emoções e sentimentos, isto porque ela é, independentemente da idade, um sujeito de direitos e estão em causa direitos pessoalíssimos, logo ainda que decisão do menor não seja vinculativa, não devemos desvalorizar os seus interesses³¹². Este direito de participar e opinar impõe “reflexamente o dever de esclarecimento (informar) claro está, cooptado à competência concreta da criança.”³¹³.

Esta consideração pela opinião do menor é tanto maior quanto mais idade ele tiver e quanto mais importante para a sua saúde e vida for a intervenção sobre a qual está a formar uma opinião³¹⁴. Com esta relação interativa e dialéctica em que os pais conversam com os filhos e fornecem-lhes novos conhecimentos e indicações, os pais estão progressivamente a dar origem a uma maior margem de decisão e autonomia para que possam manifestar a sua volição direccionada ao seu melhor interesse, desejos e preferências atinentes à sua saúde,

³¹⁰ MATOS, Mafalda Francisco, *O problema da (ir)relevância*, ob. cit., pág. 66.

³¹¹ Na Suíça, já está disponível desde 2014 um guia para a prática da audição da criança no campo do direito, escola e saúde. Cfr., https://www.unicef.ch/sites/default/files/2020-10/brosch_kindesanhoerung_leitfaden_fr.pdf.

³¹² Nas palavras de Maria Clara Sottomayor, “(...) a criança é considerada não apenas como um sujeito de direito suscetível de ser titular de relações jurídicas, mas como uma pessoa dotada de sentimentos, necessidades e emoções a quem é reconhecido um espaço de autonomia e de autodeterminação, de acordo com a sua maturidade.”. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação*, ob. cit., pág. 23.

³¹³ RIBEIRO, Geraldo Rocha, *Quem decide pelos menores?*, ob. cit., pág. 129.

³¹⁴ ESCADA, Ana Vide, *O consentimento e a recusa informados em idade pediátrica*, pág.4. Disponível em: https://spoftalmologia.pt/wp-content/uploads/2014/07/AnaVideEscadaConsentimento_MedicoemIdadePediatriaSPO.pdf.

apoiando o seu crescimento, promovendo a sua independência e o desenvolvimento das suas capacidades cognitivas e, simultaneamente, estão a proporcionar uma relação pais-filhos de maior respeito, confiança e liberdade. Segundo Jorge Duarte Pinheiro, “A participação no processo de decisão relativa aos cuidados de saúde promove as faculdades da criança, desenvolvendo a sua maturidade, aumenta a respetiva auto-estima, contribui para maior adesão ao tratamento, proporciona melhor compreensão da doença e maior adaptação a esta, reduz o conflito do doente com pais e profissionais de saúde e evita o emprego da força física.”³¹⁵.

No que diz respeito ao modo de exercício do poder paternal, as responsabilidades parentais são exercidas por ambos os pais no caso de estarem casados e devem ser exercidas de comum acordo (art.1901º/1/2 CC). No entanto, há 3 situações em que um só dos pais pode praticar ato incorporado no exercício das responsabilidades parentais: 1) se, no caso de não se tratar de ato de particular importância, o outro progenitor não se opuser e a lei não exigir o consentimento de ambos os pais (art. 1902º CC); 2) se um dos pais não puder exercer as responsabilidades parentais por se verificar algum dos impedimentos previstos no art. 1903º/1 CC; 3) em caso de urgência manifesta (art. 1906º/1 *in fine*, aplicável por maioria da razão ao exercício das responsabilidades parentais no caso de pais casados).

No caso de os pais estarem divorciados ou em separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação de casamento, separação de facto ou filho nascido fora do matrimónio, as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância são exercidas em comum por ambos os progenitores (art. 1906º/1 CC). No que diz respeito a atos de vida corrente, o exercício das responsabilidades parentais cabe ao progenitor com quem o filho reside habitualmente, ou ao progenitor com quem ele se encontra temporariamente, desde que este último não contrarie “as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente” (art. 1906º/3 CC). Por outro lado, o art. 1906º/1 *in fine* dispõe ainda que qualquer dos progenitores pode agir sozinho nos casos de urgência manifesta.

Assim, em caso de urgência manifesta o ato pode ser praticado apenas por um dos pais. Salvo esses casos, quando em causa estejam questão de particular importância, um dos progenitores não poderá praticar o ato sozinho. Procurando definir estes conceitos, Jorge

³¹⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Limites ao exercício*, ob. cit., pág. 49.

Duarte Pinheiro defende que urgência manifesta “será aquela em que o adiamento da intervenção ou do tratamento médico até ao momento de consulta do outro progenitor implicar perigo para a vida ou perigo grave para o estado físico e psíquico da criança. Tendo um dos progenitores agido sozinho, neste caso de urgência manifesta, deve prestar informações ao outro logo que possível (art. 1906º, n.º 1, segunda parte, do Código Civil, aplicável haja ou não casamento ou coabitação dos pais, directamente, por remissão ou maioria da razão)”³¹⁶. Por sua vez, as questões de particular importância que dizem respeito à saúde do filho equivalem “àquelas que são graves e raras na vida do menor”³¹⁷, como por exemplo, “intervenções cirúrgicas que impliquem risco para a vida ou integridade física da criança (incluindo as estéticas)”³¹⁸.

Caso não estejam de acordo relativamente a questões de particular importância, qualquer um dos pais pode recorrer ao tribunal para uma tentativa de conciliação (art. 1901º/2 CC), sendo que se esta não for possível, o tribunal ouvirá o filho, antes de decidir (art. 1901º/3 CC). É de salientar, mais uma vez, que a lei atual não exige uma idade mínima para a audição do menor, ao contrário da lei anterior que estabelecia como limite os 14 anos.

Note-se ainda que, se um dos pais concorda com o ato que é proposto pelo médico e o outro se opõe, a execução desse ato depende de decisão judicial, uma vez que, segundo o art. 1902º/2 do CC, o médico não deverá intervir quando não se presume o acordo do outro progenitor ou quando conheça a oposição de um dos pais, mesmo que não se esteja perante um ato de particular importância.

³¹⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Limites ao exercício*, ob. cit., pág. 55.

³¹⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Limites ao exercício*, ob. cit., pág. 55. João Vaz Rodrigues defende que para aferir se estamos perante um ato de particular importância dever-se-ia “traçar uma fronteira em função da gravidade da intervenção por recurso a um ou mais conceitos gerais, como seja o da verificação dos riscos, ou a um inventário de atos, por forma a permitir o intérprete tipificar, ou pelo menos avaliar, quais os actos médicos que despotelam a presunção.”. RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 211 e 212. Manifestamos alguma oposição no que diz respeito à elaboração de um inventário de atos, dado que a mesma intervenção médica não comporta riscos iguais para todos os pacientes, tudo dependerá do paciente concreto e do histórico da ficha clínica que também tem uma forte influência nessa determinação.

³¹⁸ FIALHO, António José, *Guia prático do divórcio e das responsabilidades parentais*, com a colaboração científica de Manuel José Aguiar Pereira e Helena Bolieiro, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2012, pág. 65. No mesmo sentido, Acórdão do TRC, de 18/10/2011, Processo nº 626/09.7TMCBR.C1 (Regina Rosa). Fora das questões de particular importância, integrando já atos da vida corrente podemos apontar cuidados de saúde como vacinação obrigatória e pequenas intervenções cirúrgicas benignas. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação*, ob. cit., pág. 343.

2. Limites ao exercício do poder paternal em matéria de saúde do menor

2.1. Situações urgentes e autorizações legais

No caso de uma situação urgente, isto é, uma situação em que a falta ou o adiamento da intervenção médica comporte grave perigo para a vida ou para a saúde física e psíquica da criança e em que o médico não tem a possibilidade de informar e de pedir e obter atempadamente a autorização dos pais para proceder à intervenção, o entendimento é o de que, os médicos devem cumprir com a sua obrigação geral de tratar e podem prosseguir imediatamente com a intervenção que se revele apropriada ao estado de saúde do menor, não fazendo sentido prejudicar a vida de uma criança pela demora em obter a autorização dos seus representantes legais³¹⁹. Trata-se de uma intervenção que tem na sua base a urgência médica, sendo considerada lícita³²⁰. Nas palavras de Rosa Martins, “A urgência faz assim “tábua rasa” da autorização dos pais em homenagem ao superior interesse da vida da criança.”³²¹.

Pensemos no caso de uma criança de 7 anos que sofre uma queda e, conseqüentemente, acaba por sofrer lesões cerebrais graves estando inconsciente e necessitando de ser imediatamente operada. Todavia, naquele momento, a criança apenas estava acompanhada do seu irmão de 10 anos e ninguém consegue entrar em contacto com os seus representantes legais. Ora, compreensivelmente, a criança poderá receber o tratamento, pois a demora em obter o consentimento informado poder-se-á repercutir em graves sequelas futuras para a vida e para a integridade física do paciente ou em casos extremos, poderá mesmo culminar na morte da criança. Inegavelmente, há aqui um conflito entre o direito de consentir, e por outro lado, o dever do médico de tratar e de obter a autorização dos pais para o tratamento³²² mas segundo o art. 284º CP impede sobre o médico um dever de auxílio, cabendo a este atuar para salvaguardar um bem jurídico superior e

³¹⁹ OLIVEIRA, Guilherme de, PEREIRA, André Dias, *Consentimento*, ob. cit., pág. 81.

³²⁰ OLIVEIRA, Guilherme de, *O acesso dos menores*, ob. cit., pág. 244. PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 323.

³²¹ MARTINS, Rosa Cândido, *A criança*, ob. cit., pág. 815.

³²² PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 562.

simultaneamente agir em respeito pelo superior interesse da criança. Em suma, esta situação constitui “uma limitação ao princípio da necessidade de autorização dos pais.”³²³.

Também quando se fala em autorizações legais, o médico estará legitimado para agir em caso de menores³²⁴, ainda que sem o consentimento dos seus representantes legais³²⁵ por estarem em causa tratamentos obrigatórios que visam proteger os interesses da população mas também servem como garantia dos próprios direitos do menor, salvaguardado deste modo o seu direito à liberdade e autodeterminação e protegendo, simultaneamente, o interesse comunitário na manutenção da saúde e da segurança pública. Estamos aqui perante situações em que cabe ao estado dar cumprimento a certas políticas de saúde e no caso dos menores, os pais devem assegurar todos os cuidados necessários à saúde do menor, incluindo tratamentos de carácter obrigatório como o caso da vacinação³²⁶. No entanto, o médico não fica desobrigado do seu dever de informar e esclarecer posteriormente os pais da criança porque ainda que a lei obrigue à realização de um tratamento, isso não exclui o dever de informar e esclarecer sobre o mesmo.

2.2. Recusa da intervenção médica pelos pais

Um dos principais motivos para a limitação das responsabilidades parentais prende-se com a recusa do tratamento médico pelos pais, quando este é considerado essencial para preservar a vida ou a saúde do menor. Esta recusa do tratamento poder-se-á verificar pelo facto de os pais quererem poupar o filho ao sofrimento de mais tratamentos, contudo, nestes casos julgamos que a situação pode ser facilmente resolvida através dos esclarecimentos e informações prestados pelo médico, com a garantia de que fará de tudo para que o menor tenha o mínimo sofrimento possível e ainda poderá explicar aos pais que a opção pelo não tratamento pode também ser suscetível de causar sofrimento³²⁷. Uma outra situação prende-

³²³ MARTINS, Rosa Cândido, *A criança*, ob. cit., pág. 814.

³²⁴ Veja-se, neste sentido, o art. 13º/2/b) da CDC que dispõe que, também a liberdade de expressão dos menores é alvo de restrições quando esteja em causa a proteção da segurança nacional, da ordem pública, da saúde ou da moral públicas e art. 24º segundo o qual “A criança tem direito a gozar do melhor estado de saúde possível e a beneficiar de serviços médicos. Os Estados devem dar especial atenção aos cuidados de saúde primários e às medidas de prevenção, à educação em termos de saúde pública e à diminuição da mortalidade infantil. Neste sentido, os Estados encorajam a cooperação internacional e esforçam-se por assegurar que nenhuma criança seja privada do direito de acesso a serviços de saúde eficazes.”

³²⁵ MARTINS, Rosa Cândido, *A criança*, ob. cit., pág. 814.

³²⁶ Utilizando as palavras de Rosa Martins, “não podem os pais obstar à realização daquelas recomendações médicas de carácter obrigatório ditadas por razões de saúde pública, como é o caso da vacinação e da sujeição a certos exames para detetar determinadas doenças, nem deixar de seguir as indicações médicas respeitantes ao seu filho em particular.” MARTINS, Rosa, *Menoridade*, ob. cit., pág. 208.

³²⁷ AMORIM, Ana, *O consentimento informado de menores: Reflexões*, ob. cit., pág. 125 e nota 85.

se com a recusa do tratamento tradicional dando preferência a outros tratamentos alternativos³²⁸. Contudo, a questão mais controversa verifica-se quando a recusa do tratamento se justifica por força das convicções religiosas dos pais e é precisamente sobre esta polémica questão que iremos dedicar o nosso estudo doravante.

Ora, os casos mais frequentes e que constituem exemplo deste último tipo de recusa são indubitavelmente aqueles em que os pais são Testemunhas de Jeová e recusam uma transfusão sanguínea essencial para salvar a vida do menor. A base do pensamento das Testemunhas de Jeová quando se fala em transfusões sanguíneas está numa passagem Bíblica que diz que “a vida da carne é o sangue, por isso eles devem ser inseparáveis”, o que demonstra a forte convicção religiosa a respeito do seu próprio sangue e partindo desta máxima, há uma recusa absoluta de transfusões sanguíneas mesmo que se afigurem essenciais para salvar a vida³²⁹.

Algumas das justificações em que se baseia esta recusa é precisamente nos riscos que tais transfusões configuram, como é o caso das doenças infecciosas e reações transfusionais, dando primazia a outros tratamentos alternativos, ainda que impliquem um maior custo já que exigem um trabalho mais meticoloso na sua preparação e nem sempre sejam eficazes perante o caso concreto ou estejam atempadamente disponíveis. Entendem que a solução não passa por criar um regime especial para as Testemunhas de Jeová mas sim tentar que o estado reúna condições e serviços médicos que se coadunem com a sua convicção, ou seja, apela-se aqui a uma discriminação positiva onde se estabelece diferenças de tratamento entre o que é diferente, não se repercutindo numa discriminação ilícita³³⁰, sendo certo que em

³²⁸ Cfr. infra ponto 2.3.

³²⁹ Em várias publicações como a, *Blood, Medicine and the Law of God e Jehovah's Witnesses and the Question of Blood*, as Testemunhas de Jeová explicam alguns dos motivos que estão na base da sua não utilização do sangue e onde reforçam a ideia de que para atingir uma vida eterna é necessário “não receberem sangue separado da carne”, empenhando-se numa luta incessante para que os médicos ainda com reservas nesse sentido, aceitem cada vez mais as chamadas “cirurgias sem sangue” já estabelecida nos Estados Unidos e alargada a todos os crentes ou não crentes, independentemente das suas convicções religiosas. Para mais desenvolvimentos, vide ALMEIDA, Ana Costa de e ALMEIDA, Carlos Costa de, *Recusa de transfusões sanguíneas em tratamentos e intervenções médico-cirúrgicas, Perspectiva médica e jurídica, Separata de Estudos e Temas Jurídicos* (nº4) do *Boletim do Conselho Distrital de Coimbra da Ordem dos Advogados*, Nº15, 2004, pág. 17 e ss.

³³⁰ PRATA, Cláudia Alves, *As Testemunhas de Jeová e a Discriminação no Acesso a Tratamentos Isentos de Sangue, e-Pública: Revista Electrónica de Direito Público*, Vol. 3, Nº 2, 2016, pág. 172 e 190.

Portugal já existem cerca de 100 hospitais e clínicas onde as testemunhas de Jeová podem ser operadas de acordo e em respeito pelas suas próprias convicções³³¹.

Indiscutivelmente, toda a pessoa tem direito à liberdade de religião, de pensamento e consciência, bem como a liberdade de manifestar essa religião pelo ensino, pela prática, pelo culto, em público ou em particular³³² e, inclusive, quando abordámos a questão do dissentimento vimos que por força do direito à liberdade de religião e da sua liberdade em geral, o paciente tem o direito a recusar transfusões de sangue e hemoderivados, desde que lhe seja reconhecida a capacidade para tal e existam condições para a exercer, cabendo ao médico respeitar essa recusa desde que seja válida³³³, mas será que a faculdade de recusa da transfusão de sangue por motivos religiosos é conferida aos pais da criança quando esta careça desse procedimento?

Esta questão afigura-se particularmente delicada pois ainda que caiba aos pais decidir sobre a saúde do menor incapaz, a verdade é que estes não consentem que o filho seja submetido a uma transfusão sanguínea por causa, única e exclusivamente, das suas próprias convicções religiosas, transfusão essa que poderá ser crucial para a vida do menor, tendo em conta que o valor vital do sangue é inquestionável. Verdadeiramente, tratam-se de situações em que os pais dão mais valor às suas próprias convicções, mas se é verdade que a autoridade parental deve ser respeitada, também é verdade que este respeito tem limites éticos e jurídicos e esta decisão é claramente contrária ao superior interesse do menor.

Ora, no nosso ordenamento, é pacificamente aceite que a faculdade de recusar uma transfusão sanguínea por força das convicções religiosas não é conferida aos pais do menor que necessite do procedimento, ou seja, “não é lícito aos pais, seja em nome de que valores forem, privar os filhos do direito à saúde e à vida.”³³⁴, pois caso contrário, correríamos o risco de recuar aos tempos em que as crianças eram vistas nas sociedades patriarcais como objeto propriedade do pai, onde o “*paterfamilias* detinha sobre os filhos menores poderes

³³¹ MACHADO, Francisca Santos e MOGO, Sara Lúpi, *Liberdade religiosa em especial- Direito, Religião e Tratamentos médicos*, CEDIS Working Papers, Direito, Estado e Religião, Nº 1, 2015, pág. 16.

³³² Art. 9º da CEDH.

³³³ Cfr. Ponto 3 e 6 do Parecer 46/CNECV/05. PRATA, Cláudia Alves, *As Testemunhas de Jeová*, pág. 174 e ss.

³³⁴ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade médica em direito penal: (estudo dos pressupostos sistemáticos)*, Coimbra, Almedina, 2007, pág. 349. O mesmo entendimento verifica-se em Espanha, Itália, EUA, Canadá, França, Áustria, entre outros. Sobre esta matéria *vide* desenvolvidamente, PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 325 a 329 e PINHEIRO, Jorge Duarte, *Limites ao exercício*, ob. cit., pág. 69 a 71.

análogos aos da propriedade sobre as coisas e os escravos, como o direito de vida ou de morte sobre os filhos.”³³⁵.

Como supra dissertamos, o poder-dever que é conferido aos pais no exercício das responsabilidades parentais não é absoluto³³⁶ e, como tal, pode sofrer várias limitações, quando as suas decisões possam comprometer fortemente a vida e a saúde da pessoa do menor, podendo levar, em última instância, a uma atuação ativa por parte dos tribunais, pese embora em situações de carácter urgente nem sempre seja possível recorrer aos mesmos. Assim, se os pais rejeitam um tratamento indispensável para evitar graves e irreversíveis sequelas na vida e saúde do filho, há que distinguir os casos de urgência dos de não urgência, ou seja, aqueles em que estamos perante uma situação que embora demande alguma rapidez permite, ainda assim, que se espere algum tempo e aqueles em que a intervenção do médico deve ser imediata.

Na primeira situação, em que a saúde do menor ainda que debilitada, permite que ainda haja tempo para aguardar por uma decisão, segundo o art. 1918º do CC e 21º/7 do CDOM, afigura-se necessária a intromissão do tribunal de maneira a haver o suprimento judicial do consentimento em crise para salvaguardar os interesses e defender o menor. Neste sentido, o médico a quem compete a guarda de facto³³⁷ (art. 1915º CC) tem legitimidade para recorrer às entidades competentes, suscitando a intervenção judicial, de modo a que tomem as providências necessárias, socorrendo-se aqui de um procedimento de limitação do exercício

³³⁵ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *O Direito das Crianças*, ob. cit., pág. 32.

³³⁶ Em síntese: “Os “poderes” que integram o poder paternal não podem ser exercidos de forma livre e discricionária, quer isto dizer, que não podem ser exercidos se, quando e como os pais pretendam. Antes pelo contrário, os pais devem exercê-los do modo e na medida em que o interesse do filho o exigir.” MARTINS, Rosa, *Menoridade*, ob. cit., pág. 189 a 191.

³³⁷ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade médica*, ob. cit., pág. 348 e 349.

das responsabilidades parentais^{338 339} uma vez que, “ninguém pode renunciar à vida de um terceiro, mesmo que esse terceiro seja seu filho.”³⁴⁰.

Neste sentido, compete ao MP dar início, em representação do menor e em sua defesa, a um procedimento urgente. Nos termos do art. 3º/1 da LPCJP, a intervenção para promoção dos direitos e proteção da criança e do jovem em perigo terá lugar sempre que os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto ponham em perigo a saúde do menor. Dentro das situações em que se considera que a criança ou o jovem está em perigo que se encontram enunciadas no art.3º/2 da LPCJP, podemos incluir esta situação de recusa por parte dos representantes legais na alínea c) que considera que a criança está em perigo quando não recebe os cuidados adequados à sua idade e situação pessoal.

Compete assim ao MP solicitar um procedimento judicial urgente nos termos do art. 92º da LPCJP depois de ter tomado conhecimento dos casos onde o perigo e a urgência exigem uma intervenção imediata de modo a se proceder a uma adequada proteção da criança (art. 91º da LPCJP). O tribunal profere decisão provisória, no prazo de quarenta e oito horas, aceitando ou recusando a respetiva intervenção, após a qual o processo seguirá como um processo judicial de promoção e proteção³⁴¹.

Por outro lado, nas situações de urgência, utilizando as palavras de Geraldo Rocha Ribeiro, “o tempo não é um bem disponível, e as dificuldades práticas na aferição do real interesse superior da criança levam à decisão conformada por critérios objetivos *pro vita* ou

³³⁸ Segundo Geraldo Rocha Ribeiro, não falaríamos nesta situação em inibição das responsabilidades parentais, entendendo que a medida mais adequada será a limitação temporária e concreta das responsabilidades prevista no art. 1918º CC, sendo a medida que assegura a melhor relação custo-benefício entre os bens jurídicos em confronto. RIBEIRO, Geraldo Rocha, *Quem decide pelos menores?*, ob. cit., pág. 136 e 137. MARTINS, Rosa Cândido, *A criança*, ob. cit., pág. 824. SANTOS, André Teixeira dos, *Do consentimento dos menores*, ob. cit., pág.147. OLIVEIRA, Guilherme de, *O acesso dos menores*, ob. cit., pág. 244. PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 323. PINTO, José Rui Costa, *Bioética*, ob. cit., pág. 52 e 53. RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 214. AMORIM, Ana, *O consentimento informado de menores: Reflexões*, ob. cit., pág. 125 e 126.

³³⁹ Esta possibilidade que o Tribunal tem de limitar as responsabilidades parentais também se encontra prevista no art. 69º/1 da CRP, designadamente quando o legislador refere que as crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, contra o exercício abusivo da autoridade na família.

³⁴⁰ AMORIM, Ana, *O consentimento informado de menores: Reflexões*, ob. cit., pág. 125.

³⁴¹ A título de exemplo, “Em *Muhlenberg versus Gerladine Patterson* (1974), Geraldine Patterson, Testemunha de Jehová, tinha dado à luz um recém-nascido icterico por incompatibilidade sanguínea, pelo que eram necessárias transfusões sanguíneas, caso contrário sofreria danos cerebrais irreparáveis. Perante a recusa dos pais, o Hospital recorreu ao Tribunal Supremo de New Jersey, solicitando um mandato judicial para proceder à prática das mesmas. O Tribunal autorizou a intervenção, declarando, na sua motivação, que “os pais podem ser livres, por razões religiosas, para ser mártires eles mesmos. Mas daí não resulta que sejam livres para fazer mártires os seus filhos, antes de estes alcançarem a idade do pleno discernimento.”. PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 328, nota 742.

pro salute que vinculam o exercício das responsabilidades parentais, independentemente do consentimento ou recusa dos pais na intervenção médica (claro, as dificuldades apenas surgem nos casos de recusa)³⁴². Assim, quando a intervenção tem de ser imediata sob pena de se repercutir em perigo ou dano grave ou irreversível para a saúde e vida do menor, o entendimento é o de que, o médico tem um poder-dever de atuar, ainda que contra a vontade dos pais e sem obter o suprimento judicial, por se tratar de uma atuação em benefício direto da saúde do menor que se encontra numa situação de especial vulnerabilidade (art. 6º/1 e 8º da CDHB). Ora, tendo em conta o saber especializado do médico e sendo a sua obrigação geral a de cuidar e tendo este um dever de tratamento a que deve obedecer, não faria sentido que, no caso de a criança precisar urgentemente da intervenção, esta lhe fosse negada, quando o dano à saúde ou à vida poderia ter sido evitado com o recurso ao sangue que se encontra à sua inteira disposição³⁴³ prevalecendo assim a “decisão médica favorável aos interesses objetivos do menor.”³⁴⁴.

Neste sentido, também se pronunciou o CNECV que no parecer 46/CNECV/05 afirmou no ponto 10 que, “os doentes menores de idade carentes do discernimento necessário não podem considerar-se como tendo competência para assumir decisões sobre cuidados de saúde, pelo que são justificados os actos terapêuticos para os quais não foi obtido consentimento e que se destinam a salvar a sua vida ou prevenir sequelas, designadamente a administração de sangue e hemoderivados.”, acrescentando no ponto 11 que “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.”.

Também o parecer da Procuradoria-Geral da República nº 8/91 pronunciou-se sobre a questão de saber qual a conduta a seguir face à “recusa dos pais em internarem os filhos menores no Hospital, quando o seu estado de saúde é grave ou então ao pedido de alta

³⁴² RIBEIRO, Geraldo Rocha, *Quem decide pelos menores?*, ob. cit., pág. 136.

³⁴³ Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues afirma que o médico perante estes casos poderá atuar com base no direito de necessidade (art.34º CP) e no conflito de deveres (art.36º do CP). RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade médica*, ob. cit., pág. 349.

³⁴⁴ RIBEIRO, Geraldo Rocha, *Quem decide pelos menores?*, ob. cit., pág. 136.

quando ainda não curado” depreciando precisamente as razões dos pais³⁴⁵ e afirma que se, apesar do esclarecimento médico, os pais mantêm a sua recusa ao internamento e a “situação de facto que se perfila for de molde a reechar perigo para a vida ou grave dano para a saúde do menor” não se compadecendo o seu estado clínico com o recurso a via judicial, dar-se-á prevalência a decisão medica de internamento, ou seja, o conflito entre a recusa dos pais e a decisão clínica deverá ser resolvida no interesse do menor³⁴⁶.

Neste cenário, o ensinamento de João Álvaro Dias é lapidar, afirmando que, o médico está legitimado a intervir sem o consentimento dos pais, sempre que se verifiquem cumulativamente três requisitos: Não ser possível, devido ao tempo disponível, obter o suprimento judicial do consentimento ou que o tribunal nomeie um curador especial, que a intervenção tenha como objetivo salvar a vida da criança, evitar lesão irreversível da sua saúde ou evitar um sofrimento prolongado e, por último, que apesar de todos os esforços para obter o consentimento, este tenha sido recusado sem razões válidas³⁴⁷.

Sobre uma eventual responsabilização criminal do médico que realiza uma intervenção medicamente indicada e indispensável para a vida e saúde do menor sem o consentimento dos pais, Manuel da Costa Andrade defende que o médico deve realizar a intervenção e “se o fizer- como deve- não incorrerá em responsabilidade criminal a título de tratamento arbitrário”³⁴⁸, uma vez que, “A liberdade de dispor do corpo ou da própria vida é uma liberdade pessoal, que não se comunica ao representante legal, nem é violada só por se contrariar a vontade do representante.”³⁴⁹, não havendo violação de um direito da criança, nem dos pais. Aliás, como já o dissemos, o consentimento é um direito pessoal e intransmissível e não é da competência dos pais por constituir uma manifestação do direito à autonomia do próprio paciente, ou seja, o poder que é atribuído aos pais para tomarem decisões relativas à saúde e à vida do filho não se baseia no direito à autodeterminação dos representantes legais que neste caso nem são eles os pacientes, mas sim no poder-dever de

³⁴⁵ Cfr. Parecer Procuradoria-Geral da República nº8/91, ponto 9.1, nota 42, no qual afirma que “será (relativamente) indiferente a motivação - religiosa, filosófica, ética, ideológica, ou outra - que presida à decisão de recusa dos pais.”

³⁴⁶ Cfr. parecer Procuradoria-Geral da República nº 8/91, ponto 10.5.

³⁴⁷ DIAS, João Álvaro, *Responsabilidade*, ob. cit., pág. 22, nota 23. No mesmo sentido, RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 214 e 215.

³⁴⁸ ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense*, ob. cit., pág. 603. No mesmo sentido, PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 323. RIBEIRO, Geraldo Rocha, *Quem decide pelos menores?*, ob. cit., pág. 136. Sobre esta questão, vide, ainda, RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 215.

³⁴⁹ ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense*, ob. cit., pág. 603.

velar pela própria saúde e bem estar do menor. Em suma, não está aqui em causa a defesa da autonomia e dos interesses dos pais, não sendo assim violados quaisquer direitos destes com a realização da intervenção.

No plano civil, também não se justifica a responsabilização do médico. Este dever que é atribuído aos pais não é ilimitado nem consiste num domínio absoluto sobre os filhos, deve sim ser norteado para garantir que o superior interesse da criança é protegido, pelo que não se poderia responsabilizar o médico por atuar salvaguardado a saúde e a vida do menor numa situação de extrema urgência.

Em suma, trata-se de “respeitar o poder paternal até onde for possível”³⁵⁰, isto é, sempre que equivaler a um interesse do próprio menor e se estamos perante uma intervenção da qual resulta a proteção e preservação da própria vida e saúde do menor, não é legítimo dar primazia à vontade dos pais sobre o bem jurídico vida do menor, até porque “compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes...”³⁵¹ e não prejudicá-los.

Na verdade, os pais ao recusar uma intervenção capaz de salvar a vida do menor, é que podem incorrer em responsabilidade, podendo esta recusa se repercutir num exercício abusivo do poder paternal³⁵², uma vez que este deve ser orientado para a prossecução do interesse do filho e não para a prossecução do interesse dos pais³⁵³ e não podemos esquecer que, para todos os efeitos, se caracteriza como um dever de assistência que não se pode traduzir na tomada de decisões contrárias aos direitos do menor. Utilizando as palavras de Ana Amorim “a criança não é propriedade dos pais, ela não pode ser, em situação alguma, encarada como um instrumento ao serviço dos mesmos.”³⁵⁴.

Em resumo e conforme sustenta Rosa Cândido Martins “(...) o poder paternal assume a natureza de um poder-funcional que prossegue a realização dos interesses do filho. E o feixe de poderes e deveres em que se desdobra o seu conteúdo não atribui aos pais um poder

³⁵⁰ OLIVEIRA, Guilherme de, *O acesso dos menores*, ob. cit., pág. 244.

³⁵¹ Artigo 1878º/1 CC.

³⁵² FARIA, Maria Paula Ribeiro de, *A “lei do sangue”*, ob. cit., pág., 270 e 271. Luciana Berlino afirma que, com fundamento no abuso do direito, os pais podem incorrer em responsabilidade civil e familiar. BERLINO, Luciana Fernandes, *Responsabilidade civil pelo exercício abusivo da autoridade parental no âmbito sanitário*, *Cadernos da Lex Medicinæ*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. II, N°4, 2019, pág. 346 e ss.

³⁵³ MARTINS, Rosa, *Menoridade*, ob. cit., pág. 185.

³⁵⁴ AMORIM, Ana, *O consentimento informado de menores: Reflexões*, ob. cit., pág. 123.

de escolha entre a vida e a morte do filho.” e, neste sentido, a intervenção que se revele imprescindível e urgente para a vida ou saúde do menor e que seja realizada pelo médico que se depara com a recusa dos pais em prestar o seu consentimento deve considerar-se legitimada³⁵⁵.

Importa ainda referir que, quando os pais recusam a intervenção com base na sua própria religião, na generalidade dos casos, é quase impossível saber se a convicção religiosa da criança é idêntica à dos pais³⁵⁶ e, neste sentido, “ao aceitar a recusa do pai, o médico pode estar a negligenciar as crenças (atuais ou futuras) do próprio menor.”^{357 358}.

Enfim, é certo que todos os bens jurídicos contribuem para o bem-estar individual de cada pessoa e havendo um conflito de direitos entre liberdade de religião e direito à integridade física/vida, cabe apenas ao paciente, decidir qual é o direito que irá imperar e dar preferência àquilo que entende como bom, sendo uma decisão unilateral e pessoal que deve ser respeitada. No entanto, segundo André Teixeira dos Santos, quando os pais rejeitam que o filho seja submetido a um tratamento em virtude das suas crenças, estão a professar da sua própria religião e não a do filho, sendo que nestes casos não se falará sequer em conflito de direitos, já que o direito à liberdade de religião (art.41º CRP) enquanto direito de liberdade consciência só pode ser exercido pelo próprio e não por outrem³⁵⁹.

2.3. Preferência por outro tratamento alternativo

Há situações em que os pais consideram que o tratamento tradicional proposto pelo médico não é o melhor a prosseguir, tendo preferência por outro tratamento alternativo que

³⁵⁵ MARTINS, Rosa Cândido, *A criança*, ob. cit., pág. 815 e 824. FARIA, Maria Paula Ribeiro de, *A “lei do sangue”*, ob. cit., pág. 272 e 273. SANTOS, André Teixeira dos, *Do consentimento dos menores*, ob. cit., pág. 146. AMORIM, Ana, *O consentimento informado de menores: Reflexões*, ob. cit., pág. 125.

³⁵⁶ FARIA, Maria Paula Ribeiro de, *A “lei do sangue”*, ob. cit., pág. 270.

³⁵⁷ Ana Amorim salienta que deverá ser tida em atenção que “a religião pode ter um papel muito significativo na vida da criança; no entanto, as convicções religiosas não justificam (...) a omissão de tratamento de um menor.”. AMORIM, Ana, *O consentimento informado de menores: Reflexões*, ob. cit., pág. 125 e nota 89.

³⁵⁸ Neste sentido, veja-se um caso que foi julgado pelo Tribunal Supremo da Argentina que condenou por homicídio por omissão os pais de um menor de 13 anos que faleceu por não ter recebido uma transfusão de plaquetas. Segundo a jurisprudência argentina “o pai de um menor que se nega a que o seu filho seja atendido, fundado em motivos religiosos, está excedendo os limites do poder paternal, já que a convicção religiosa pertence aos progenitores e não ao menor de curta idade.”. PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 326, nota 739.

³⁵⁹ SANTOS, André Teixeira dos, *Do consentimento dos menores*, ob. cit., pág. 146.

consideram mais fiável, geralmente não disponível no seu país. Constituem exemplos polémicos deste tipo de situação, o caso de Safira e de Ashya King.

O caso português de Safira, reporta-se à história de uma menina de 4 anos a quem em 2010 foi diagnosticado um cancro renal. A criança foi operada no IPO de Lisboa depois de ser submetida a ciclos de quimioterapia. Após a cirurgia, os médicos sugeriram que a menina fizesse mais tratamentos para que se pudesse acautelar que o cancro regressasse. Só que os pais recusavam que a menina fosse submetida a novas sessões de quimioterapia e encontraram na Alemanha um tratamento que consideraram mais auspicioso para esta fase final do tratamento e que na altura o IPO não reconhecia: as células dendríticas. Segundo o pai de Safira, eles queriam procurar outras alternativas tendo em vista o mesmo fim mas com efeitos secundários diferentes. No entanto, o tribunal acabou por decidir entregar a guarda da filha ao hospital, sustentando que a preocupação dos pais não era racional mas sim tendenciosa e de foro religioso e filosófico. Contudo, com a divulgação da situação, a família acabou por conseguir avançar para o procedimento que queria, encontrando-se Safira, atualmente, livre do tumor e saudável, e foi criado o “Projecto Safira”, dedicado às escolhas informadas no tratamento do cancro e que pretende obter a revisão do enquadramento legal para que os pais exerçam o direito de participar na escolha do tratamento a seguir^{360 361}.

O caso do Ashya King, o menino britânico que tinha 5 anos e tinha um tumor cerebral, também foi envolto numa enorme problemática. Os pais de Ashya consideravam o tratamento do seu país demasiado agressivo face ao problema do seu filho e decidiram, sem autorização dos médicos, retirá-lo do hospital onde se encontrava internado, para que o menor fosse submetido a um tratamento com raios de prótons em Praga que não era

³⁶⁰ Disponível em: <https://www.mynetpress.com/pdf/2014/setembro/201409093959bc.pdf>.

³⁶¹ A este respeito, *vide* Lei n.º 52/2014, de 25 de Agosto que estabelece normas de acesso a cuidados de saúde transfronteiriços e promove a cooperação em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços. Nos termos do art.8º/1 da referida lei, “(...) os beneficiários têm direito ao reembolso das despesas diretamente relacionadas com os cuidados de saúde transfronteiriços prestados noutra Estado membro, desde que os cuidados em questão sejam tidos como cuidados de saúde que caberia ao Estado Português garantir através do Serviço Nacional de Saúde ou dos Serviços Regionais de Saúde e o Estado Português seja considerado Estado membro de afiliação.” e segundo o n.º3 “Os cuidados de saúde transfronteiriços devem ser adequados ao estado de saúde do beneficiário e de eficácia comprovada cientificamente, reconhecida pela melhor evidência internacional.” e o n.º 5 dispõe que, “Os custos dos cuidados de saúde transfronteiriços são reembolsados apenas até ao limite que teria sido assumido pelo Estado Português.”. Nos termos do art.11º, o reembolso dos cuidados de saúde transfronteiriços está ainda sujeito a autorização prévia, podendo esta autorização ser negada nos casos elencados no art. 14º/3, al. a) a d), tais como, “Se a avaliação clínica indicar, com grau de certeza razoável, que o doente é exposto a um risco de segurança que não possa ser considerado aceitável(...)” ou “Se os cuidados de saúde em causa puderem ser prestados em Portugal num prazo útil fundamentado do ponto de vista clínico, tendo em conta o estado de saúde e a evolução provável da doença do doente.”.

disponibilizado no Serviço Nacional de Saúde inglês. As autoridades inglesas, considerando que estávamos perante um caso de maus-tratos, solicitaram a detenção e extradição dos pais, acabando estes por ser detidos em Espanha e a guarda da criança foi temporariamente retirada aos pais. No entanto, após explicarem em que consistia a radioterapia de prótons, onde a mesma seria realizada e os motivos da sua escolha em audiência, as acusações por suspeita de maus-tratos foram retiradas e o casal acabou por ser libertado, tendo as autoridades judiciais britânicas autorizado que o menor seguisse para Praga a fim de lhe ser administrado o recurso médico pretendido pelos pais³⁶².

Em ambos casos, foram várias as discussões e interrogações que se colocaram e que nos permitem concluir que estas questões associadas a preferência de um tratamento diferente daquele que é proposto pelo médico são particularmente complexas.

A esta propósito, importa referir a Carta dos Direitos do Doente Internado que, no ponto 14 dispõe que, o doente internado pode, a qualquer momento, deixar o estabelecimento hospitalar mas deve ser informado dos riscos que corre por força da sua decisão e terá ainda de assinar um termo de responsabilidade pela sua alta. Já no caso de menores, apesar de nada se referir em concreto quando à alta hospitalar, o ponto 8 estipula que, “Quando a saúde ou integridade física de um menor possa ficar comprometida pela recusa do seu representante legal ou pela impossibilidade de obter o seu consentimento, o médico responsável deve, ao abrigo das disposições legais, prestar os cuidados necessários, desencadeando através do Tribunal, o processo de retirada provisória do poder paternal.”.

Ora, em ambos os casos expostos, em bom rigor, não houve uma recusa total e definitiva em dar a autorização para a realização de um tratamento. Houve sim, a preferência pelos pais de outro tratamento específico, depositando uma maior confiança neste em detrimento do tratamento tradicional proposto. Apesar de na ótica dos médicos o tratamento proposto estar protocolado e ser o que melhor se adaptava ao estado de saúde do menor, a verdade é que a cura não é algo que se possa garantir, não é um dado certo e adquirido, pelo que não devemos ser limitativos focando apenas no tratamento que é geralmente seguido e não devemos desconsiderar os variadíssimos tratamentos alternativos que vão surgindo com o avanço da medicina e que, por vezes, apesar de ainda não protocolados, se podem revelar mais promissores, mais favoráveis e até menos agressivos.

³⁶² Disponível em: <https://www.mynetpress.com/pdf/2014/setembro/201409093959bc.pdf>.

Assim, à questão de saber se a última palavra no tratamento de um menor caberá aos pais ou aos médicos quando os pais dão preferência a um tratamento diferente daquele que é proposto pelo médico e, na falta de uma regra clara, a resposta que reúne maior consenso é “depende”, implicando necessariamente uma apreciação de cada caso concreto, de modo a acautelar que os interesses da criança são sempre salvaguardados.

Deste modo, se estamos perante pais munidos de informação e esclarecimentos suficientes, elucidados sobre a eficácia do tratamento alternativo e resultados promissores do mesmo, comparativamente ao tratamento que o médico considerou melhor para o menor, bem como sobre a evolução do estado de saúde em função do tratamento a adotar e as possíveis vantagens dessa alternativa possível, procurando defender os interesses do filho, a sua decisão deverá ser acatada pelos médicos³⁶³. Em suma, os pais devem estar inteiramente clarificados, de modo a que encontrem fundamentos suficientes e seguros que os levem a optar por outro tratamento alternativo e rejeitar o habitual tratamento que é levado a cabo naquela situação. Por sua vez, os médicos também se devem mostrar mais recetivos a tratamentos recentes e revolucionários suscetíveis de vir a conduzir a resultados de sucesso a curto prazo.

Por outro lado, apesar de se reconhecer esta opção por tratamentos ou medicinas alternativas, também aqui temos de ser cautelosos, pois ainda que no caso de menores, regra geral, a decisão sobre os cuidados médicos caiba aos pais, o médico pode não acatar a decisão de alta hospitalar e atuar sem o consentimento dos pais, quando a decisão de alta médica e a escolha desse tratamento alternativo comprometa gravemente a saúde do menor. Esta faculdade de escolha de um tratamento diferente não é assim irrestrita, havendo uma limitação das responsabilidades parentais, quando a sua decisão comporte grave perigo para a vida e saúde do menor³⁶⁴, dando-se também, nestes casos, prevalência à decisão médica.

2.4. Tratamento médico a pedido dos pais

A atitude inversa à recusa do tratamento médico por parte dos pais também não é pacífica, designadamente, quando os pais pretendem que o médico realize ou continue com

³⁶³ Mesmo nestes casos de recurso a tratamentos alternativos, entende-se que os médicos devem agir de acordo com a Base II, nº1, al.e) da LBS segundo a qual: “Todas as pessoas têm direito a ser informadas de forma adequada, acessível, objetiva, completa e inteligível sobre a sua situação, o objetivo, a natureza, as alternativas possíveis, os benefícios e riscos das intervenções propostas e a evolução provável do seu estado de saúde em função do plano de cuidados a adotar.”

³⁶⁴ AMORIM, Ana, *O consentimento informado de menores: Reflexões*, ob. cit., pág.125 e nota 86.

o tratamento para prolongamento da vida do menor e este tratamento se mostre inadequado de acordo com os padrões profissionais, configurando uma má prática médica. É verdade que, “os avanços da medicina e da farmácia permitem hoje prolongar a vida muito além daquilo que acontecia em gerações anteriores.”³⁶⁵ mas esse prolongamento da vida não é aceitável quando estamos diante de uma situação onde o paciente padece de uma doença incurável e cujos tratamentos se revelam desproporcionais e só lhe causam mais dor e sofrimento.

Conforme salienta Patrícia Pato “A segunda metade do século XX caracterizou-se por enormes avanços na área médica, promovendo aumento na expectativa de vida, mas também trazendo novos questionamentos éticos, morais e econômicos, em consequência da utilização exagerada de recursos tecnológicos em pacientes terminais”³⁶⁶. Ora, este tipo de solicitação para prolongamento da vida por parte dos pais é muitas vezes influenciado por motivos culturais e religiosos³⁶⁷.

³⁶⁵ PEREIRA, André Dias, *Direitos dos Pacientes*, ob. cit., pág. 178.

³⁶⁶ LAGO, Patrícia M., e outros, *Cuidados de final de vida em crianças: perspectivas no Brasil e no mundo*, *Jornal de Pediatria*, Vol. 83, Nº 2, Rio de Janeiro, 2007, pág. 110.

³⁶⁷ Patrícia Lago aquando da referência às influências culturais, refere que nos EUA e no Canadá, a prática médica fundamenta-se na autonomia do paciente ou da sua família, o que está profundamente enraizado na sua cultura, e por outro lado, alguns estudos demonstraram que a atitude médica europeia é diferente e que os médicos têm um papel preponderante na tomada de decisão de final de vida dos seus pacientes. Porém, as influências religiosas também têm um grande peso aquando da tomada de decisão de final de vida, assim, por exemplo nas regiões de religião muçulmana e de religião judaica é completamente intolerável a retirada de tratamento de suporte artificial vital. LAGO, Patrícia M., e outros, *Cuidados*, ob. cit., pág. 111 e 112. O caso Re C é um dos exemplos onde a fé influenciou fortemente a decisão dos pais. Trata-se de um caso de uma menor de 16 meses que tinha atrofia muscular espinhal grave, estando dependente de suporte ventilatório para sobreviver. Segundo a visão dos médicos, continuar a utilizar o suporte apenas intensificava o sofrimento, a aflição e a dor da menor. Neste seguimento, sugeriram que não se continuasse com o tratamento e que, em caso de falha respiratória, fossem prestados cuidados paliativos ao menor, sem que se realizasse qualquer ato de reanimação. Todavia, os pais que professavam da fé judaica, não autorizavam que os médicos não realizassem formas de reanimação no caso de paragem respiratória da filha, pois de acordo com a sua fé, a vida deveria ser preservada a qualquer custo e que, por isso, era inconcebível a não realização de um ato apto a salvar a vida de um doente. Contudo, o tribunal deu a sua autorização de modo a que se procedesse de acordo com o que os médicos recomendavam, argumentando que o menor estava a morrer e que respeitar a vontade dos pais apenas levaria a que o menor tivesse de suportar uma morte lenta com excesso de dor e angústia. Para uma análise detalhada sobre este caso, vide, FORTIN, Jane, *Re C (medical treatment). A baby's right to die*, *Child and Family Law Quarterly*, 10, 1998, pág. 411 a 416.

No entanto, atualmente, há um consenso entre os profissionais de saúde no sentido de rejeição de tratamentos fúteis, da distanásia ou da obstinação terapêutica^{368 369}. A este propósito, o art. 65º/2 do CDOM estabelece que ao médico é vedada a distanásia e o art. 67º/3 dispõe que “O uso de meios extraordinários de manutenção de vida deve ser interrompido nos casos irrecuperáveis de prognóstico seguramente fatal e próximo, quando da continuação de tais terapêuticas não resulte benefício para o doente.”.

Na sociedade hodierna, quando estamos na presença de doenças terminais, a solução que se revela mais adequada é a prestação de cuidados paliativos³⁷⁰. O próprio art. 66º/1 do CDOM estabelece que, “Nas situações de doenças avançadas e progressivas cujos tratamentos não permitem reverter a sua evolução natural, o médico deve dirigir a sua ação para o bem-estar dos doentes, evitando a futilidade terapêutica, designadamente a utilização de meios de diagnóstico e terapêutica que podem, por si próprios, induzir mais sofrimento, sem que daí advenha qualquer benefício.” e o nº2 dispõe que “Os cuidados paliativos, com o objetivo de minimizar o sofrimento e melhorar, tanto quanto possível, a qualidade de vida dos doentes, constituem o padrão do tratamento nas situações a que o número anterior se refere.”.

Esta problemática associada a tratamentos fúteis é também amplamente abordada noutros países. Nos Estados Unidos, por ex., defende-se que, “É inadequado que o tratamento de prolongamento da vida seja continuado quando a condição é incompatível com a vida ou quando o tratamento é considerado prejudicial, sem benefício, ou fútil.”³⁷¹.

³⁶⁸ José Alberto González considera tratamento fúteis como “aqueles que, revelando-se insuscetíveis de conduzir a um resultado positivo, produzindo, nomeadamente, a cura (por exemplo, em casos terminais, a introdução de sonda para alimentação e hidratação), causam sofrimento, dor ou desconforto desmedido. A sua realização- seja dando-lhe início, seja persistindo na sua continuação- acaba por revelar-se desproporcionadamente prejudicial.”. GONZÁLEZ, José Alberto, *Testamento vital e procuração de cuidados de saúde*, Lisboa, Quid Juris, 2013, pág. 84 e 85.

³⁶⁹ Nas palavras de João Carlos Loureiro, “As revoluções na epistemologia médica puseram a nu as pretensões de uma lógica determinista, que esquece que a medicina é uma arte do provável, que não é sinónimo de arbitrário. A futilidade absoluta da intervenção médica é um conceito-limite, sendo, neste uso mais estrito, irrelevante a vontade do paciente. Mais: a continuação da intervenção, procurando diferir a morte, é, neste caso, distanásia.”. O autor dá ainda conhecimento de alguns dos *leading cases* norte-americanos que demonstram que a visão e posição dos médicos sofreu alterações, deixando estes de persistir na execução de cuidados que entendem como fúteis e sem sentido. LOUREIRO, João Carlos, *Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito, II- Cuidado(s)*, in *Revista Portuguesa de Bioética*, Nº 4, 2008, pág. 77

³⁷⁰ LOUREIRO, João Carlos, *Saúde, ob. cit.*, pág. 46. PEREIRA, André Dias, *Direitos dos Pacientes*, ob. cit., pág. 179. Sobre esta questão, vide Parecer (11/CNECV/95) sobre Aspetos Éticos dos cuidados relacionados com o final de vida, in Conselho Nacional de Ética para as Ciências da vida, Lisboa, 1995.

³⁷¹ AMERICAN ACADEMY OF PEDIATRICS, *Noninitiation or withdrawal of intensive care for high-risk newborns*, *Pediatrics*, Vol. 119, Nº 2, 2007, pág. 403.

Por sua vez, em Inglaterra afirma-se que, “não há obrigação por parte dos profissionais de saúde de oferecer tratamento médico que não possa atingir o seu objetivo clínico, ou que não possa trazer um benefício global para a criança.”, ainda que os cuidados paliativos devem ser sempre uma hipótese perfeitamente válida para todas as crianças que estejam em final de vida³⁷².

Entre nós, no que diz especificamente respeito aos menores, também a Carta dos Direitos da Criança em Fim de Vida³⁷³ dispõe no Ponto 10 que a criança tem o direito de “Ter acesso a serviços de cuidados paliativos destinados especificamente a crianças que respeitem o seu melhor interesse e evitem práticas fúteis ou desproporcionadas e o abandono terapêutico.”. Assim, devem ser evitados “tratamentos inadequadamente invasivos ou penosos que têm um impacto negativo na qualidade de vida da criança e ou prolonguem desnecessariamente o sofrimento e o processo da morte.”.

Em suma, obstinação terapêutica definida como “os procedimentos diagnósticos e terapêuticos que são desproporcionados e fúteis, no contexto global de cada doente, sem que daí advenha qualquer benefício para o mesmo, e que podem, por si próprios, causar sofrimento acrescido.” é rejeitada no nosso ordenamento, constituindo má prática clínica e infração disciplinar, nos termos da legislação geral e deontológica aplicável (Base II, al. d) e Base XXXII da Lei nº52/2012 de 5 de Setembro) e colide com o próprio direito à integridade física e o direito a “não prolongar, artificialmente e sem esperança a vida”³⁷⁴. Assim, quando os pais exigem um tratamento que seja considerado inútil para a criança, “é

³⁷² BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Consent*, ob. cit., pág. 124 e 125. Neste país, o Royal College of Pediatrics and Child Health elencou 5 situações onde se considera válido cessar ou não iniciar o tratamento para prolongamento da vida da criança: 1) Criança com morte cerebral; 2) Estado Vegetativo Permanente; 3) A Situação “Sem Chance”, onde o tratamento apenas atrasa a morte; 4) A Situação “Sem propósito”, onde a criança pode sobreviver, mas com séria deficiência física ou mental; 5) A Situação “Insuportável”, onde a criança e/ou a família sentem que não podem aceitar mais tratamentos frente a doenças progressivas e irreversíveis. WELLESLEY, Hugo and JENKINS, IAN.A., *Withholding and withdrawing life-sustaining treatment in children, Pediatric Anesthesia*, 19, Blackwell Publishing Ltd, 2009, pág. 972 e 973.

³⁷³ A CDC que tem força de lei constitui a base deste documento e procede à aplicação específica dos direitos nela consagrados para as crianças que se aproximam do fim das suas vidas ou aquelas que estão a morrer. A versão portuguesa deste documento está disponível no site da Sociedade Portuguesa de Pediatria (<https://www.spp.pt/noticias/default.asp?IDN=549&op=2&ID=132>).

³⁷⁴ Leite de Campos fala de um direito a uma morte digna (direito a não prolongar, artificialmente e sem esperança, a vida), como um direito especial de personalidade. CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de direito da personalidade*, in *Separata do Vol. LXVI (1990) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2º edição, Coimbra, 1995, pág. 69 e 70.

boa prática clínica a suspensão ou abstenção de meios desproporcionados de tratamento quando estes sejam comprovadamente ineficazes.”³⁷⁵.

3. O contrato médico quando o paciente é menor

Para que o paciente possa celebrar um contrato com o médico é necessário que tenha capacidade negocial, isto é, capacidade para celebrar negócios jurídicos, por ato próprio ou por representante voluntário. Por sua vez, diferente desta última, é a capacidade para consentir que temos vindo a estudar e que, apesar de também pertencer à capacidade de exercício, consiste na capacidade do sujeito para autorizar intervenções que se repercutem nos seus próprios direitos de personalidade.

Ora, apesar de ao menor com mais de 16 anos e o discernimento necessário (de acordo com o imposto pelo art. 38º/3 CP) ser reconhecida, em regra, capacidade para consentir na intervenção que o médico leva a cabo no seu corpo, ele não terá capacidade negocial, o que implica necessariamente a interferência do seu representante legal, ou seja, o contrato de prestação de serviços médicos deverá ser celebrado entre o médico e o representante legal em nome do incapaz³⁷⁶. Assim, “A competência do menor restringe-se à mera tolerância da intervenção, ou seja, apenas produz efeitos justificativos, uma vez que, em termos de efeitos patrimoniais só os pais ou representantes legais têm o poder de representação e vinculação legal”³⁷⁷. Ao menor cabe dar o consentimento tolerante que não se consubstancia num contrato ou compromisso e que não atribui um poder de agressão mas justifica implicitamente a mesma e os pais ficam encarregues das obrigações jurídicas que daí decorrem, cabendo dar o consentimento autorizante e vinculante³⁷⁸.

Conforme afirma Guilherme de Oliveira “os pais têm o poder-dever de representar os filhos na prática de atos jurídicos, isto é, têm o poder-dever de se substituírem aos filhos sempre que seja necessário ou conveniente celebrar atos jurídicos de que resultem direitos

³⁷⁵ PEREIRA, André Dias, *Direitos dos Pacientes*, ob. cit., pág. 179.

³⁷⁶ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 344.

³⁷⁷ RIBEIRO, Geraldo Rocha, *Quem decide pelos menores?*, ob. cit., pág. 127.

³⁷⁸ Segundo Orlando de Carvalho, “os consentimentos autorizante e vinculante, sendo constitutivos de compromissos jurídicos, exigem capacidade negocial.”. Neste sentido, caberá aos representantes legais dar estes dois consentimentos, ainda que, quando sejam prestados pelo representante legal, não prescindam do consentimento tolerante do menor quando lhe seja reconhecida capacidade para consentir, já que “Seria absurdo que o representante legal pudesse realizar compromissos jurídicos que tocam em direitos de personalidade do menor ou interdito, quando este já tem maturidade suficiente, contra a vontade esclarecida deste.”. CARVALHO, Orlando de, *Teoria geral*, ob. cit., pág. 206.

ou obrigações para os representados.”³⁷⁹. Neste sentido, ainda que o menor seja tratado como adulto no que diz respeito à tolerância da intervenção no seu corpo, não tem capacidade para celebrar validamente o contrato médico, ficando assim excluído da sua capacidade tudo que diga respeito à vertente patrimonial, ou seja, os atos que envolvam compromissos jurídicos relativamente a ele ficam sob o encargo dos pais (como é exemplo, o pagamento dos honorários, das despesas da medicação ou do internamento)³⁸⁰, o que revela que a crescente competência e autonomia da criança não implica o afastamento total e completo do exercício das responsabilidades parentais.

Segundo as lições de Ferreira de Almeida, o menor é parte do contrato celebrado pelo seu representante legal, entendendo que a opção alternativa de considerar que aqui estaríamos antes perante um contrato em que é parte um dos detentores do poder paternal em favor de terceiro, que neste caso seria o menor, não é compatível com o direito potestativo previsto no art. 447º/1 CC que dispõe que “o terceiro pode rejeitar a promessa ou aderir a ela”, uma vez que, neste caso não seria possível, por incapacidade de quem o haveria de exercer³⁸¹.

Em sentido diverso, Erwin Deutsch defende que a relação contratual apenas se estabelecia entre os representantes legais e o profissional de saúde, sendo apenas os pais responsáveis pelo seu cumprimento, ou seja, não haveria qualquer contrato entre o menor e o médico. Deste modo, o menor não é responsável pelo pagamento mesmo que os pais estejam insolventes. Além disso, no caso de relações contratuais entre o médico e os pais, o menor não responde por razões de equidade ou de gestão não representativa. Contudo, o menor estaria abrangido pelo âmbito de proteção do contrato o que levaria a que, em caso de má conduta médica (negligência médica), o menor tivesse o seu próprio pedido a uma indemnização, para além do pedido/reclamação dos pais³⁸².

Por sua vez, André Dias Pereira entende que o recurso à figura do contrato com eficácia de proteção para terceiros é a mais adequada para que possamos entender esta

³⁷⁹ OLIVEIRA, Guilherme de, *O acesso dos menores*, ob. cit., pág. 239.

³⁸⁰ OLIVEIRA, Guilherme de, *O acesso dos menores*, ob. cit., pág. 246.

³⁸¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Os contratos civis de prestação de serviço médico*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, pág. 104.

³⁸² DEUTSCH, Erwin, SPICKHOFF, Andreas, *Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht*, 7. Auflage, Berlin, Heidelberg: Springer, 2014, pág. 94.

relação que se estabelece entre o médico e o representante legal³⁸³. Conforme frisa Sinde Monteiro, o contrato com eficácia de proteção para terceiros não se confunde com o contrato a favor de terceiro (Art. 443º e ss. do CC)³⁸⁴. Segundo o autor no contrato a favor de terceiro “está em causa a atribuição ao terceiro de um direito à prestação.”. Diferentemente, no contrato com eficácia de proteção para terceiros “trata-se apenas de estender um dever de cuidado (ou de “proteção”) a um terceiro, incluindo-o no âmbito de proteção do contrato, com a consequência de que, no caso de violação deste “dever lateral” fica o terceiro legitimado a uma pretensão indemnizatória, portanto credor de um “direito de prestação secundário”. ”³⁸⁵. Neste sentido, explica André Dias Pereira que o terceiro, isto é, o menor não seria titular de um direito a uma prestação principal no contrato mas sim teria o direito a uma indemnização em caso de incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato³⁸⁶.

Segundo o referido autor, através do recurso a esta figura poderiam ser apontados vários benefícios: Por um lado o menor não seria parte contratual e não teria de suportar os custos financeiros associados ao contrato que poderiam ser bastante dispendiosos e ter repercussões no seu património, ficando este assim protegido. Por outro, quando se verificasse o incumprimento ou cumprimento defeituoso da prestação a que o médico estava obrigado, aplicar-se-ia o regime da responsabilidade contratual (sendo este mais favorável, não só no que diz respeito ao ónus da prova, uma vez que se presume a culpa do devedor nos termos do art. 799º CC mas também pelo prazo de prescrição de 20 anos de acordo com o art. 309º CC) por força deste dever de prestação secundário³⁸⁷.

André Dias Pereira, refuta, desde logo, a crítica que eventualmente se poderia atribuir por se recorrer a esta figura, que parte do argumento de que, o menor não seria mais do que

³⁸³ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 345.

³⁸⁴ Sobre o contrato a favor de terceiro e figuras próximas, vide VARELA, Antunes, *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10ª edição (revista e atualizada), Coimbra, Almedina, 2018, pág. 408 e ss. e 413 e ss.

³⁸⁵ MONTEIRO, Jorge Sinde, *Responsabilidade por informações face a terceiros*, in *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 73, Coimbra, 1997, pág. 45. Nas palavras de Ricardo Lucas Ribeiro no contrato com eficácia de proteção para terceiros “o que está em causa é a inclusão de um terceiro no âmbito de proteção de um contrato a que é alheio, estendendo-lhe deveres de cuidado ou de proteção, que devem ser observados pelo devedor contratual, sob pena de indemnização dos danos causados. (...) A relação contratual, in casu relação obrigacional primária, sustentaria uma relação obrigacional secundária (entre o devedor e o terceiro) sem quaisquer vestígios dos deveres primários de prestação.”. RIBEIRO, Ricardo Lucas, *Obrigações de Meios e obrigações de resultado*, 1ª edição, Coimbra, Coimbra editora, 2010, pág. 135. Sobre o contrato com eficácia de proteção para terceiros, vide ainda LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das obrigações*, Vol. I, 15ª edição, Almedina, 2018, pág. 363 e 364.

³⁸⁶ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 345.

³⁸⁷ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 346.

um mero objeto contratual sobre o qual seria realizado o tratamento médico, onde o credor não é o menor mas sim o seu representante legal, entendendo o autor que esta crítica dificilmente prepondera, na medida em que “a expressão da dignidade humana se faz sentir ao nível do consentimento informado, isto é, do ato jurídico justificador da intervenção médica”³⁸⁸.

Poderá ainda acontecer que seja um terceiro a solicitar a prestação dos serviços médicos para socorrer o menor incapaz ou pessoa inconsciente. Nestes casos, segundo Ferreira de Almeida, se o paciente está incapacitado de se exprimir ou ter consciência, então a pessoa que se dirige ao hospital e que pede a intervenção do médico, deverá ser vista como um gestor de negócios e estaríamos, em princípio, perante uma gestão de negócios de tipo representativa³⁸⁹ (art. 471º/ 1ª parte CC e art. 268º), suscetível de ratificação que poderá ser expressa ou tácita. Se houver ratificação, então o contrato considera-se celebrado entre o médico e o paciente (não há contrato a favor de terceiro porque também neste caso, o terceiro não possui a capacidade para recusar a prestação). Na falta desta ratificação, o contrato será ineficaz em relação ao paciente e em relação ao gestor do negócio como decorre do art. 268º/1 CC. Assim, uma vez que a lei não regula os efeitos da situação criada, deve-se partir do entendimento de que, em caso de danos causados pelo médico, aplica-se o regime da responsabilidade delitual e, por aplicação analógica do regime da gestão não representativa, cabe ao gestor efetuar a respetiva remuneração ao médico³⁹⁰.

No entanto, poderá ainda configurar-se outra situação em que é o próprio menor que solicita o tratamento médico. Segundo Erwin Deutsch, nestes casos falaríamos de uma gestão de negócios não representativa^{391 392}. O mesmo se aplica se o paciente não puder fazer uso do serviço de forma lúcida, por exemplo, porque o paciente está inconsciente ou em estado de choque grave. A ajuda médica é então necessária e permitida, mas não é baseada num contrato. Do ponto de vista legal, esta é novamente uma gestão de negócios não

³⁸⁸ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 346.

³⁸⁹ Sobre a gestão de negócios representativa, vide LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das obrigações*, ob. cit., pág. 498 e 499.

³⁹⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Os contratos*, ob. cit., pág. 104 e 105. No mesmo sentido, ALMEIDA, José Carlos Moitinho de, *A Responsabilidade civil do médico e o seu seguro*, in *Separata da Revista Scientia Iuridica*, tomo XXI, Nº 116-117, 1972, pág. 15. DIAS, João Álvaro, *Procriação assistida*, ob. cit., pág. 226 e 227, nota 13.

³⁹¹ DEUTSCH, Erwin, SPICKHOFF, Andreas, *Medizinrecht*, ob. cit., pág. 95.

³⁹² Menezes Leitão define gestão de negócios não representativa como aquela em que o gestor (médico) atua em nome próprio. LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das obrigações*, ob. cit., pág. 499 e ss.

representativa³⁹³, sendo necessário que o tratamento seja do interesse objetivo do paciente e que corresponda à sua vontade real ou presumida e o médico terá direito ao pagamento dos respetivos honorários por força do art. 470º CC. Moitinho de Almeida elucida que, no caso de deficiente prestação dos cuidados médicos, o médico incorrerá em responsabilidade civil nos termos do art. 466º/1 e 2 CC, sendo que entre esta responsabilidade e a responsabilidade contratual e extracontratual há uma diferença, pois enquanto que nestas últimas a culpa é apreciada em abstrato, na gestão de negócios a apreciação da culpa é feita em concreto. O autor conclui que, “Embora a lei não o diga, é o que parece resultar das circunstâncias em que a gestão se processa. Não é exigível a quem espontaneamente e, em regra, por forma gratuita, se expõe a riscos para salvaguardar interesses de estranhos, que ponha na sua atuação diligência maior do que aquela de que é capaz.”³⁹⁴.

Capítulo V – Intervenções médicas invasivas em menores

1. Colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana

A doação e transplantação de órgãos, tecidos e células é não só um avanço, mas também uma grande conquista da medicina e da ciência no último século e, atualmente, continua a verificar-se uma evolução enorme que se prevê que seja cada vez mais favorável, no sentido de atender de forma progressiva às necessidades dos pacientes que carecem deste tipo de tratamento e que permite uma grande melhoria da qualidade de vida destes.

A Lei n.º 12/93, de 22 de Abril³⁹⁵ regula a Colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana. Nos termos do art.7º “O médico deve informar, de modo leal, adequado e inteligível, o dador e o receptor dos riscos possíveis, das consequências da dádiva e do tratamento e dos seus efeitos secundários, bem como dos cuidados a observar ulteriormente.”, incluindo aqui ainda a informação sobre o risco de fracasso de todo o procedimento^{396 397}. Depois de cumprido este dever de informar por parte do médico, merece

³⁹³ DEUTSCH, Erwin, SPICKHOFF, Andreas, *Medizinrecht*, ob. cit., pág. 95. ALMEIDA, José Carlos Moitinho de, *A Responsabilidade civil*, ob. cit., pág. 14. RIBEIRO, Geraldo Rocha, *Quem decide pelos menores?*, ob. cit., pág. 136.

³⁹⁴ ALMEIDA, José Carlos Moitinho de, *A Responsabilidade civil*, ob. cit., pág. 14 e 15. VARELA, Antunes, *Das obrigações em geral*, ob. cit., pág. 461 e 462.

³⁹⁵ Com a mais recente atualização efetuada pela Lei n.º 75-B/2020, de 31/12.

³⁹⁶ PEREIRA, André Dias, *Direitos dos pacientes*, ob. cit., pág. 563.

³⁹⁷ Maria Paula Ribeiro de Faria alerta ainda para o facto de não se poder ignorar que os pais têm de ser alertados que com a realização do transplante, este pode diminuir a esperança de vida do dador (menor) e, por conseguinte, torná-lo num futuro recetor. FARIA, Maria Paula Ribeiro de, *Aspectos jurídico-penais dos transplantes*, Porto, Universidade Católica Portuguesa-Editora, 1995, pág. 329.

particular destaque para o âmbito do nosso estudo o art.8º que versa sobre o consentimento. Segundo o nº1 do referido preceito, o consentimento deve ser prestado tanto pelo dador, como pelo recetor e deve ser “livre³⁹⁸, esclarecido, informado e inequívoco” e o nº6 ressalva ainda a necessidade de o consentimento do dador ou de quem legalmente o represente ser sempre prestado por escrito e ser livremente revogado³⁹⁹.

Também o art. 19º/2 da CDHB que versa sobre esta matéria dispõe que o consentimento deverá ser prestado de “forma expressa e específica, quer por escrito quer perante uma instância oficial.”. Assim, concluímos que estamos perante uma exceção à regra geral do consentimento informado, pois neste caso exige-se que consentimento seja prestado por escrito, garantindo-se uma maior segurança jurídica para ambas as partes envolvidas nestas intervenções mais invasivas.

O problema em torno do superior interesse da criança assume especial importância quando nos deparamos com a situação particular que se refere ao transplante e colheita de órgãos e tecidos em menores, sendo que quanto a este aspeto o legislador português foi bastante cauteloso. Depois de proceder no que diz respeito à colheita em vida, à distinção fundamental entre órgãos regeneráveis (por ex. medula óssea, parte do fígado) e não regeneráveis (por ex. rim, coração, pulmão, pâncreas, intestino, córnea), a lei proíbe expressamente no art. 6º/4 “a dádiva e a colheita de órgãos ou de tecidos não regeneráveis quando envolvam menores (...)”, pois isso significaria uma “uma diminuição considerável da sua integridade física”⁴⁰⁰, estabelecendo no seu nº 5/a/b) e c), os requisitos cumulativos para que se proceda à dádiva e a colheita de órgãos, de tecidos ou de células regeneráveis que envolvam menores, designadamente, a falta de um dador capaz compatível, o recetor ser irmão ou irmã do dador e, por fim, que a dádiva seja essencial à preservação da vida do recetor.

³⁹⁸ Segundo o Parecer 50/CNECV/06, Parecer sobre a proposta de Lei nº.65/X (Alteração à Lei n.º12/93, de 22 de Abril- Colheita e Transplante de órgãos e tecidos de origem humana), pág. 10, “O consentimento para a doação deve ser sempre livre, no sentido de excluir qualquer forma de coação pessoal e não faz depender aquela de qualquer contrapartida.”.

³⁹⁹ Apesar desta livre revogabilidade, a Lei nº12/2009, de 26 de Março que estabelece o regime jurídico da qualidade e segurança relativa ao tratamento de tecidos e células de origem humana, dispõe no art.24º/1 e anexo IV, nº6 que, “O consentimento do dador ou de quem o represente legalmente é sempre prestado por escrito, sendo livremente revogável, excepto no caso em que, pela preparação pré-transplante já efectuada, a vida do receptor seja posta em risco.”.

⁴⁰⁰ OLIVEIRA, Guilherme de, PEREIRA, André Dias, *Consentimento*, ob. cit., pág. 93.

No mesmo sentido dispõe o art. 20º/1 da CDHB que prevê a proibição de colheita de órgão ou de tecido em pessoas que careçam de capacidade para prestar o seu consentimento, apenas permitindo, a título excepcional, que a colheita seja realizada quando estiverem reunidas essas mesmas condições (nº2). Contudo, na al.v) dispõe que uma dessas condições reside no facto de o potencial dador não manifestar a sua oposição. Ora, atendendo àquilo que dispõe a al.v), constatamos que o CDHB introduziu neste âmbito um direito de veto *stricto sensu* ao menor, isto é, “um direito de exercício facultativo e de eficácia negativa”⁴⁰¹ que poderá ser tácito⁴⁰². Conforme afirma Ana Rita Alfaiate, “Sem esta necessária não-oposição à lesão por parte do incapaz de nada vale o consentimento do seu representante legal, que apenas poderá aparecer a confirmar a vontade do dador.”⁴⁰³.

Contudo, conforme ressalva o Parecer 50/CNECV/06, “A colheita de órgãos e tecidos regeneráveis em pessoas que careçam de capacidade para consentir nessa colheita tem de ser entendida como excepcional (...). Haverá, pois e sempre, que confrontar aquela necessidade médica com a escrupulosa salvaguarda dos melhores interesses do menor ou incapaz que se pode configurar como potencial dador. Existe, assim, a necessidade de reforçar o carácter excepcional da intervenção, com vista a prevenir eventuais abusos contra a dignidade de pessoas mais vulneráveis.”⁴⁰⁴.

Por outro lado, o art. 8º/3 determina que quando se trate de dador menor, o consentimento deve ser prestado pelos pais, desde que não se encontrem inibidos do exercício do poder paternal, ou, no caso de inibição ou falta de ambos, pelo tribunal⁴⁰⁵. No entanto, ainda assim, de modo a proteger a vulnerabilidade e o próprio superior interesse do menor quanto a esta autorização, o art. 8º/4 estabelece que no caso de estarmos perante menores com capacidade de entendimento e de manifestação de vontade, a dádiva e colheita

⁴⁰¹ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 343. Ana Amorim refere que este direito de veto está, ainda hoje, rodeado de alguma problemática, “já que, pode questionar-se se uma criança que não tem capacidade para consentir, deve ter, por outro lado, o direito de recusar determinada doação.”. Contudo, conforme afirma a autora, “Aqui não se trata, no entanto, de recusar um procedimento médico com vantagem directa para o menor, mas sim, recusar a doação de um órgão ou de um tecido.”. AMORIM, Ana, *O consentimento informado de menores: Reflexões*, ob. cit., pág. 120 e nota 50.

⁴⁰² PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 480.

⁴⁰³ ALFAIATE, Ana Rita, *Autonomia e Cuidado*, ob. cit., pág. 24.

⁴⁰⁴ Cfr. Parecer 50/CNECV/06, pág. 12.

⁴⁰⁵ Note-se que em caso de transplantações, os tutores não poderão representar o menor. Conforme salienta André Dias Pereira, “Para um acto tão radical e dramático quanto este, o legislador apenas confia a autorização aos pais ou ao tribunal, manifestando desconfiança perante o mero tutor que, parafraseando Lorca, não partilha do sangue do filho.”. PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 304.

de órgãos, tecidos ou células, carecem também da concordância destes que também deve ser expressa⁴⁰⁶. André Dias Pereira, defende que se encontra aqui o regime do co-consentimento e que o legislador quis distinguir intencionalmente a “capacidade de discernimento” a que se refere o art. 38º/3 do CP da “capacidade de entendimento e manifestação de vontade”, o que significa que o menor, ainda que não tenha capacidade para consentir, é ainda assim capaz de entender e manifestar a sua vontade, afigurando-se necessária a sua concordância ou anuência para a realização do transplante⁴⁰⁷, sob pena da colheita não ser lícita⁴⁰⁸. Este regime do co-consentimento, onde para além do consentimento do representante, é também necessária a concordância do paciente visa assim “assegurar uma dupla segurança na decisão”⁴⁰⁹.

À face do exposto, cumpre ainda saber como devemos interpretar o que se entende por menores neste âmbito. Estaremos a falar de menores que atingem a capacidade de exercício de direito civil (18 anos) ou de menores que têm capacidade para consentir de acordo com o previsto no CP (16 anos)? Apesar de em Portugal, já terem existido várias tentativas para se atender à maioridade penal de 16 anos, o nosso legislador não o consente, pelo que se entende que os menores a que se refere a Lei nº 12/93, de 22 de Abril são os menores de 18 anos (art. 122º do CC). No entanto, discordamos desta posição e defendemos que, à semelhança do que acontece nos ensaios clínicos, também se deveria considerar neste âmbito menores como aqueles que têm 16 anos, ou seja, deveria aqui atender-se à capacidade para consentir prevista no CP⁴¹⁰.

2. Ensaios clínicos

No âmbito desta matéria, foi elaborado um novo Regulamento (UE) nº 536/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, relativo aos ensaios clínicos de medicamentos para uso humano e que revoga a Diretiva 2001/20/CE. Por sua vez, no nosso ordenamento jurídico entrou em vigor a nova Lei da Investigação Clínica, a Lei nº 21/2014, de 16 de Abril⁴¹¹, que revogou a Lei nº 46/2004, de 19 de agosto.

⁴⁰⁶ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 480.

⁴⁰⁷ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 340 e nota 770.

⁴⁰⁸ OLIVEIRA, Guilherme de, PEREIRA, André Dias, *Consentimento*, ob. cit., pág. 93.

⁴⁰⁹ PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 333.

⁴¹⁰ No mesmo sentido, PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 341, nota 771. FARIA, Maria Paula Ribeiro de, *Aspectos jurídico-penais dos transplantes*, ob. cit., pág. 333.

⁴¹¹ Com a mais recente atualização efetuada pela Lei n.º 49/2018, de 14/08.

Uma das principais diferenças que se verifica na nova lei relativamente à que vigorava anteriormente é que esta tem aplicação relativamente a toda a investigação clínica ou estudo clínico. Tem, portanto, um âmbito de aplicação muito mais abrangente, onde se incluem não só os estudos clínicos com intervenção, mas também os sem intervenção, cuja realização é obrigatoriamente precedida de parecer favorável da Comissão de Ética Competente (CEC), a emitir no prazo de 30 dias, sem o qual o estudo não pode ser realizado (art. 16º/1).

Segundo o art.1º/1 “A presente lei regula a investigação clínica, considerada como todo o estudo sistemático destinado a descobrir ou a verificar a distribuição ou o efeito de fatores de saúde, de estados ou resultados em saúde, de processos de saúde ou de doença, do desempenho e, ou, segurança de intervenções ou da prestação de cuidados de saúde.”. Segundo o nº2 a lei abrange, não só o regime da realização de ensaios clínicos com medicamentos de uso humano (al.a)) mas também o regime da investigação clínica de dispositivos médicos (al.b)).

No que diz respeito especificamente aos menores, o art.7º/1 dispõe que para que um estudo clínico seja realizado num menor é necessário que se verifiquem cumulativamente as seguintes condições: “a) For obtido o consentimento informado do menor com idade igual ou superior a 16 anos e do seu representante legal ou, no caso de o menor ter idade inferior à referida, do seu representante legal, o qual deve refletir a vontade presumível do menor, podendo, em ambos os casos, o consentimento ser revogado a todo o tempo, sem prejuízo para o menor; b) O menor tiver recebido informações sobre o estudo clínico e os respetivos riscos e benefícios, adequadas à sua capacidade de compreensão; c) O investigador ou, se for esse o caso, o investigador principal respeitar a vontade expressa do menor que seja capaz de formar uma opinião e avaliar as informações de se recusar a participar ou de se retirar do estudo clínico a qualquer momento.”.

Na alínea a), é exigido para a participação num estudo clínico, o consentimento do menor com idade igual ou superior a 16 anos e do seu representante legal, estando mais uma vez aqui previsto o regime do co-consentimento e no caso do menor ter idade inferior a 16 anos, é exigido apenas o consentimento do seu representante legal. No entanto, ainda assim, é necessário que esse consentimento dos pais reflita a vontade presumível do menor, o que significa que mais uma vez se enaltece que os pais devem priorizar os interesses do menor e devem atuar no seu interesse e não no deles. Contrariamente ao que acontecia na lei nº

46/2004, de 19 de Agosto, nesta alínea passou a constar a condição da idade do menor ser igual ou superior a 16 anos para se obter o consentimento.

No dia 30 de Novembro de 2015 foi publicado pela Comissão de Ética para a Investigação Clínica um documento orientador sobre o consentimento informado para a participação em ensaios clínicos em pediatria. Citando as palavras da CEIC, “A investigação científica que é pretendida realizar em grupos humanos pediátricos depara-se com sujeitos de ensaio particulares, cujo exercício de autonomia se expressa no balizamento que aos progressivos degraus do seu desenvolvimento moral são reconhecidos. Do recém-nascido (a quem é devido o respeito por uma autonomia que ele mesmo não pode exercer) ao adolescente (a quem é reconhecido igual respeito por uma autonomia que, de forma progressiva, vai sendo capaz de exercer livremente), identificamos um percurso contínuo de maturação deste ser humano que o torna progressivamente capaz de assumir, no âmbito da sua própria responsabilidade, esta tarefa de dimensão a um tempo ética e legal.”⁴¹².

De acordo com as recomendações do CEIC, no caso de estarmos perante participantes com idade inferior a 5 anos, o consentimento para a participação em ensaios clínicos deve ser dado apenas por ambos os pais ou representante legal. Para os participantes com idades compreendidas entre os 5 e os 15 anos, deve ser dado o consentimento dos pais e o menor, de acordo com a sua maturidade, deve também assentir por escrito na sua participação. No caso de o menor ter idade superior a 16 anos, exige-se o consentimento dos pais e do participante menor, ou seja, prevê-se um co-consentimento⁴¹³ que também deve ser expresso⁴¹⁴. Em suma, “(...) a criança é pessoa no sentido filosófico do termo com capacidade de efectuar escolhas assertivas. O consentimento informado parental é necessário

⁴¹² Documento Orientador CEIC sobre Consentimento Informado (CI) para participação em ensaios clínicos em pediatria pág. 2 e 5. Disponível em: <https://www.ceic.pt/documents/20727/57550/Documento+Orientador+CEIC+sobre+Consentimento+Informado+%28CI%29+para+participa%C3%A7%C3%A3o+em+ensaios+cl%C3%ADnicos+em+pediatria/15385b28-a792-4f2b-9a57-efc184f7951c>.

⁴¹³ Havendo uma divergência entre a decisão do representante legal e do menor que tenha maturidade para se determinar, Guilherme de Oliveira, ao comentar o teor do art.10º/5 do DL nº97/94, de 9 de Abril sobre ensaios clínicos em seres humanos que vigorou anteriormente, defendia que o médico deveria dar preferência à vontade do menor, isto porque “A circunstância de se lhe reconhecer maturidade para expressar a sua opinião, coloca-o numa situação equiparada ao indivíduo com plena capacidade jurídica para o efeito que está em causa.”. OLIVEIRA, Guilherme de, *Direito Biomédico e Investigação clínica*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Nº 3882, 1998, pág. 261. Disponível em: <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Direito-Biomedico-e-investigacao-clinica.pdf>.

⁴¹⁴ PEREIRA, André Dias, *Direitos dos pacientes*, ob. cit., pág. 526.

mas não suficiente para a condição de participante da criança num programa de investigação.”⁴¹⁵.

No entanto, os outros dois requisitos previstos na al.b) e a al.c) do art.7º/1, também conferem uma particular importância aos interesses do menor, designadamente, o facto de serem prestadas ao menor todas as informações que dizem respeito ao estudo clínico, de acordo com a sua capacidade de compreensão (al.b) e o respeito por parte do investigador, pela vontade expressa do menor que seja capaz de formar uma opinião e avaliar as informações de se recusar a participar ou de se retirar do estudo clínico a qualquer momento (al.c). Confere-se, assim, ao menor, mais uma vez um autêntico direito de veto, através do qual lhe é reconhecida uma certa autonomia para se manifestar no que diz respeito aos assuntos atinentes à sua saúde e àquilo que considera mais apropriado para ela, ou seja, apesar de serem os pais a dar a autorização para a participação no estudo clínico, o menor pode opor-se ou impedir essa mesma participação.

Ressalve-se, contudo, que nos termos do art.7º/3 “A CEC pode, de forma fundamentada e a título excepcional, dispensar os requisitos constantes das alíneas a), b) e c) do n.º 1, nos estudos clínicos sem intervenção.”. Neste sentido, a intromissão dos pais é dispensada e o menor pode assumir completa autonomia no que diz respeito à tomada de decisões que dizem respeito ao seu próprio corpo sobre estudos clínicos sem intervenção.

O próprio CDOM também dispõe sobre esta matéria do art. 84º ao art. 91º. O art. 86º trata especificamente das situações especiais onde se inserem os menores, estipulando no nº2 que “A experimentação em menores e incapazes é eticamente admissível, desde que diretamente ditada pelo interesse dos mesmos.”.

Também CDHB versa sobre a investigação científica do art. 15º ao art. 18º. O art. 17º/1 determina que nenhuma investigação pode ser realizada sobre uma pessoa que careça de capacidade para nela consentir, a não ser que se encontrem reunidos os requisitos aí enunciados, dentro dos quais se destaca o requisito previsto na al.v) que estabelece como condição que “A pessoa em causa não tenha manifestado a sua oposição.”. Mais uma vez se frisa que, de modo a que o ensaio clínico seja realizado, não pode haver oposição do

⁴¹⁵ VALE, Maria do Carmo e OLIVEIRA, Guilherme de, *Consentimento informado*, ob. cit., pág. 5. Disponível em: <https://www.ceic.pt/documents/20727/57508/Consentimento+Informado+em+Menores/3e12fb83-7a05-4632-baf3-f1a885fb23a5>.

participante, ou seja, também aqui está presente o direito de veto conferido aos menores⁴¹⁶ que pode ser “deduzido de factos que com toda a probabilidade, a revelam.”⁴¹⁷.

⁴¹⁶ Nas palavras de André Dias Pereira, este direito de veto para ser exercido “exige-se a capacidade veto, sendo que, neste caso (dos ensaios clínicos) se aproximará bastante da capacidade para consentir, exigindo-se que o incapaz compreenda os riscos que corre, as consequências que tem a intervenção, embora de forma mais limitada que uma pessoa capaz. Não basta, por exemplo, um gesto de repúdio por um medicamento, que em si, nada significa relativamente à oposição ao ensaio.” PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado*, ob. cit., pág. 339.

⁴¹⁷ PEREIRA, André Dias, *Direitos dos pacientes*, ob. cit., pág. 526, nota 1277.

CONCLUSÃO

Ultrapassada a visão paternalista herdada de Hipócrates da relação médico-paciente, onde havia uma certa instrumentalização ou desumanização do paciente, cabendo a este apenas obedecer ao que o médico prescrevia, o médico deverá agora atuar sempre em respeito pelo paciente, reconhecendo-lhe uma genuína liberdade de decisão nas questões que dizem respeito à sua saúde. Os tempos mudaram e a mentalidade da sociedade também, deixando assim o paciente de ser um mero sujeito passivo silenciado para passar a ser um sujeito participativo e respeitado, dando-se primazia ao direito à autodeterminação do paciente através do reconhecimento do direito ao consentimento informado.

Por sua vez, os requisitos que são exigidos para que se possa afirmar a validade do consentimento, podem ser decompostos em três elementos fundamentais: O consentimento deve ser prestado por quem tenha capacidade para consentir manifestando a sua vontade livre e consciente sem sujeição a qualquer coação, vícios, erros ou ameaças sendo a verificação desta capacidade fundamental para garantir a validade do ato médico e a licitude de ofensas à integridade física e psíquica, deve ainda ser prestado em respeito pela ordem pública e pelos bons costumes sob pena de nulidade, pois ainda que o direito ao consentimento informado seja reconhecido ao paciente de modo a garantir a sua autonomia da vontade em matéria de saúde, a verdade é que deverá haver um limite ao exercício dessa mesma autonomia quando a mesma seja atentatória da própria dignidade humana e, por fim, deve ser prestado desde que o paciente tenha na sua posse informações e esclarecimentos que se revelem suficientes e adequados atendendo ao caso concreto, ainda que a regra do dever de informar comporte exceções, como é o caso do privilégio terapêutico, em que o médico pode afastar-se da sua obrigação de informar quando a transmissão da informação seja prejudicial para a vida ou saúde do paciente, protegendo-se assim o seu direito à vida, saúde e integridade física em detrimento da sua liberdade e autonomia e o caso de o paciente exercer do direito a não saber, onde o paciente declara de forma inequívoca ao médico que não quer receber certas informações sobre o seu estado de saúde.

Neste seguimento, há ainda casos em que o médico poderá realizar a intervenção sem ou contra a vontade do paciente. Nos casos de urgência médica, o médico encontra-se num autêntico conflito de direitos e deveres, mas o seu dever de tratar deve imperar, ficando o

médico legitimado a agir e sacrificando-se assim a autodeterminação do paciente. O mesmo raciocínio se aplica aos casos em que o consentimento foi dado para uma intervenção, tendo vindo a realizar-se outra diferente para evitar um perigo para a vida ou saúde. Ainda assim, em ambos os casos, quando o médico esteja suficientemente convicto que o paciente recusaria aquela intervenção, deverá abster-se de agir. A estas exceções acresce a que deriva de autorizações legais. Nestes casos é a própria proteção de determinados fins de interesse coletivo que determina a obrigatoriedade de se proceder à intervenção, restringindo-se o direito à autodeterminação e liberdade do paciente.

Seguidamente, focámos a nossa análise nos Direitos das Crianças e concluímos que o emergir de um novo ramo de direito centralizado nas crianças, representou um aumento da importância do valor destas enquanto pessoas, a par com uma maior preocupação do Estado, do Direito e da Sociedade com os seus direitos, segurança, necessidades específicas, interesses e bem-estar. Foram vários os instrumentos internacionais e nacionais que manifestaram um olhar atento sobre esta matéria relacionada com os menores contribuindo fortemente para uma mudança das mentalidades e para uma intensificação na proteção jurídica do menor.

Atualmente, as crianças têm cada vez mais uma voz ativa nos assuntos relacionados com a sua vida, podendo assim manifestar a sua originalidade enquanto pessoa, uma vez que, para múltiplos aspetos é-lhes reconhecida a possibilidade de participar e de revelar os seus sentimentos nas decisões que lhe dizem respeito. Fruto de todo o desenvolvimento registado, o instituto da incapacidade de exercício não pode ser visto como intransigente e estático, reconhecendo-se certas capacidades especiais ao menor, isto é, autonomia no exercício dos seus próprios direitos sobretudo no que diz respeito a atos que se reportam ao domínio pessoal. Em suma, o menor deixou de ser visto como um ser obediente ao qual cabia apenas acatar as decisões dos adultos, para passar a ser encarado como um ser que tem interesses, objetivos e planos de vida próprios e que vai podendo, à medida que a sua maturação se intensifica, participar de forma ativa e independente nas decisões que o afetam diretamente e assim traçar paulatinamente as diretrizes do seu destino.

A propósito destas consagrações legais do reconhecimento da crescente autonomia do menor colocou-se a questão de saber se haverá ou não uma maioria especial no que diz respeito ao acesso aos cuidados de saúde. Vimos que há várias normas que, atendendo a

certos requisitos, concedem ao menor a possibilidade de tomar decisões sobre determinados atos médicos nos mais variados domínios, como é ex., o da interrupção voluntária da gravidez. Todavia, assumiu-se particularmente relevante para o âmbito do nosso estudo averiguar se o nosso legislador consagrou uma norma que permita ao menor prestar, ele próprio, o consentimento de forma válida e eficaz especificamente para a intervenções médicas, sem a interferência dos seus pais.

Quando estamos no âmbito de atos médicos de pequena importância, é unânime o entendimento de que o menor terá capacidade para consentir. No entanto, os problemas adensam-se quando estamos no âmbito de atos médicos que extravasam a pequena importância. Dada a ausência normativa que se verifica no Direito Civil, alguma doutrina socorre-se do art. 38º/3 do CP, defendendo a repercussão civilista desta norma.

Esta norma foi alvo de uma constante evolução e a sua mais recente alteração repercutiu-se numa elevação do limite dos 14 anos para os 16 anos. No nosso ponto de vista, esta elevação é desajustada à sociedade hodierna, onde se verifica que o processo de maturação do menor é cada vez mais precoce e numa área tão sensível como a que envolve cuidados médicos deveria ser especialmente considerada pelo direito. Assim, tal solução poder-se-á repercutir num exagerado nível de proteção dos jovens. Vimos, inclusive, que a tendência ao nível do direito comparado é precisamente a de reconhecer uma autonomia progressiva ao menor, priorizando o desenvolvimento cognitivo deste, havendo países que reconhecem que o critério da idade não é um bom critério para aferir a capacidade do menor, colocando o acento tónico somente na avaliação do discernimento e outros que estabelecem uma idade limite, mas ainda assim mais precoce do que a definida pelo nosso legislador. Em suma, esta alteração parece traduzir-se numa recessão dos direitos dos menores.

Ora, para que se possa afirmar que estamos diante de um consentimento válido e eficaz, este preceito penal exige assim dois requisitos cumulativos: ter mais de 16 anos e o discernimento necessário no momento em que se presta o consentimento. Esta norma é dúbia e levou a questionar-nos se, apesar de o legislador ter fixado estes dois requisitos, este quis dar a mesma força e peso a ambos.

Em nossa opinião, o legislador não quis impor no contexto médico uma regra intransigente e dar o mesmo valor a ambos os critérios. Não achamos que o legislador tenha querido consagrar uma solução que exclua a avaliação da capacidade de discernimento do

menor, única e exclusivamente porque a sua idade não vai ao encontro da idade estipulada na lei, impedindo de forma direta e automática que o menor possa exercer um direito para o qual já tem capacidade, ainda para mais quando estamos no âmbito de decisões tão pessoais e delicadas que interferem diretamente com a saúde do menor. Concordamos que, com a fixação de um limite etário é assegurada maior segurança jurídica e certeza ao médico mas também é verdade que este não é um elemento absoluto ou um critério determinante, sendo apenas um elemento a considerar. Neste sentido, o critério etário assente nos 16 anos não deve ser assumido como um critério excludente da capacidade para prestar o consentimento, mas sim como uma idade referência que auxilia o profissional de saúde. O nosso entendimento, vai de encontro ao que preconiza André Dias Pereira, que parte da ideia de que, pese embora os menores com idade inferior a 16 anos se presumam incapazes, isso não significa que, perante um caso concreto, onde ao menor lhe seja reconhecida capacidade de discernimento, ele não seja capaz de consentir.

Assim, o critério do discernimento deve ser visto como o critério principal a ter em conta na aferição da capacidade, ou seja, independentemente da idade do sujeito, é a avaliação da maturidade e o desenvolvimento psíquico e intelectual do menor que devem servir de pedra angular para toda esta problemática, sendo certo que, a gravidade do tratamento também assume uma grande importância nesta avaliação, pois quanto mais complexa for a intervenção, mais rigorosa deve ser a avaliação da capacidade do menor para consentir.

Ademais, achamos manifestamente improvável que o legislador tenha considerado que nenhum menor com idade inferior a 16 anos possui capacidade para consentir validamente numa intervenção médica. É verdade que o menor à medida que vai crescendo, vai também adquirindo uma maior capacidade para se autodeterminar, no entanto, advogamos que a idade não define maturidade, nem é sinónimo desta, não existindo uma equivalência definitiva entre ambas. Não é com o completar dos 16 ou 18 anos que se adquire subitamente e automaticamente plena capacidade e maturidade. O processo de maturação é gradual, prolongado, influenciado por inúmeros fatores e pelas experiências da vida, revelando-se de forma diferente de pessoa para pessoa, pelo que cada situação reveste um carácter ímpar.

Neste ensejo, parece perfeitamente legítimo que existam jovens com suficiente capacidade de discernimento antes dos 16 anos. Muitas vezes, os menores são confrontados

com situações de tal maneira difíceis que são obrigados a crescer a um ritmo anormal para enfrentar as adversidades da vida e por vezes até revelam mais capacidade, confiança e força para lidar com certos problemas do que os próprios adultos. Assim, a título de ex., não faz sentido retirar o direito a prestar o consentimento a um jovem de 14 anos que já se encontra doente desde os 11 anos e que devido a todas as vivências sofridas e todos os problemas que forçosamente foi enfrentando, já revele ter um grau de maturidade e discernimento muito maior do que um menor com 17 anos que é perfeitamente saudável. Assim como não faz sentido retirar este direito a um jovem de 15 anos com discernimento necessário mas passado um mês já o permitir quando ele completar 16 anos.

A consagração de uma solução linear, severa e rigorosa é uma solução tendente à injustiça, uma vez que, não tem em consideração o sujeito em concreto e ao impor indiscriminadamente o limite etário a todo e qualquer sujeito sob a forma de patamar intelectual, não vai de encontro à necessidade de reconhecer autonomia progressiva do menor, assim como não parece acautelar o superior interesse deste.

No entanto, como vimos, apesar de o alcance e o significado desta norma do CP ser muito questionável e fruto de diversas interpretações, por uma questão de segurança, é empregue exatamente da forma como consta do texto da lei, ou seja, só poderá consentir aquele que seja maior de 16 anos e que revele ter capacidade de discernimento.

Não obstante, por todos os motivos elencados, este regime não se coaduna com a realidade social dos dias de hoje onde os menores se desenvolvem cada vez mais de forma prematura e são cada vez mais independentes, pelo que, revela-se urgente realizar uma reflexão legislativa e proceder a uma alteração deste preceito de modo a torná-lo mais elástico e assegurar que a avaliação da capacidade de discernimento é realizada, seja qual for a idade do menor, permitindo assim que o menor possa tomar decisões sobre o seu próprio corpo sempre que revele ter capacidade e desenvolvimento para tal. Impõe-se assim a necessidade de reconhecer ao menor um espaço para se autodeterminar em matéria de saúde que não esteja preso a um regime austero e, como forma de assegurar uma maior eficácia, segurança e auxiliar a tarefa de avaliação da capacidade do menor pelo médico propomos a criação de um diploma legal que regule especificamente esta matéria do consentimento (e dissentimento) informado no caso de menores, onde se devem encontrar definidos quais os critérios a que o médico deve atender.

Neste contexto, fizemos ainda referência ao dever de confidencialidade, sendo este um dos deveres mais importantes que reforça a relação de confiança entre médico-paciente conservando a sua atualidade e acima de tudo a sua necessidade. Este dever no caso dos menores, assume uma importância acrescida, devendo o médico preservar a confidencialidade do menor, que queira proteger as informações que lhe presta ou que lhe chegaram ao conhecimento no exercício da sua profissão, de revelações a terceiros (incluindo os seus pais). Esta garantia de confidencialidade faz com que o menor recorra aos serviços médicos e estabeleça com o médico uma conversa pessoal sem reservas.

De seguida analisámos o direito à recusa do ato médico. De facto, não parece razoável que o paciente tenha apenas a possibilidade de aceitar o tratamento, devendo também incluir nessa ponderação de decisão, a possibilidade de o rejeitar, sendo dois caminhos perfeitamente válidos. Este entendimento justifica-se porque ultrapassados os tempos do paternalismo médico, não existe nenhuma norma que torne legítima uma intervenção do médico contra a vontade do paciente, excetuando-se os casos que estejam relacionados com a saúde pública. No entanto, é necessário que essa decisão final de recusa seja consciente e informada, devendo o médico respeitar esta oposição mesmo quando ela se revele objetivamente irracional. No que diz respeito aos menores, concordamos que o menor ao qual seja reconhecida capacidade para consentir, deverá também ser reconhecida capacidade para dissentir, acautelando assim o seu direito à autodeterminação e liberdade pessoal de decidir por si próprio as questões relativas à sua saúde. Todavia, quando se trate da recusa de tratamentos vitais, defendemos que o médico poderá vetar a decisão do menor, dando prevalência ao princípio da beneficência e sacrificando a autonomia do menor.

No entanto, há casos em que falta capacidade para consentir ao menor e essa incapacidade deverá ser suprida de modo a que se possam acautelar os seus direitos e interesses. No presente estudo, cingimo-nos a versar sobre o instituto das responsabilidades parentais. Quanto às decisões tomadas pelos pais no que concerne à saúde do menor, não falamos num verdadeiro consentimento que, como sabemos, é um ato pessoal que se traduz na vontade do seu titular, mas antes em autorização para o ato médico. Não obstante, apesar do menor ser incapaz, não podemos esquecer que estamos em face de questões que lhe dizem diretamente respeito e, neste sentido, o nosso ordenamento jurídico não veda a possibilidade dos menores incapazes participarem e serem informados e ouvidos no processo de tomada de decisão de acordo com a sua maturidade.

Contudo, apesar da necessidade de obter a autorização dos pais para a prática da intervenção médica ser a regra, esta também dá lugar a exceções e uma dessas exceções reporta-se precisamente, aos casos de urgência. Deste modo, se o contacto com os pais se revelar infrutífero para obter a sua autorização em tempo útil, é o próprio estado de perigo em que se encontra o menor que legitima a intervenção do médico, impedindo sobre este uma obrigação de cuidar o paciente. Também quando estamos perante intervenções médicas ditadas por razões de saúde ou segurança pública, estas impõem-se à vontade dos pais, já que estamos aqui perante ações obrigatórias impostas pelo estado, cabendo aos representantes legais em respeito pelo superior interesse da criança, obedecer a esses tratamentos.

Neste cenário, vimos também que as responsabilidades parentais não estão livres de certas limitações que têm como objetivo defender o menor contra situações que o possam lesar gravemente e uma delas reporta-se aos casos em que os pais recusam que o menor receba um tratamento indispensável para salvar a sua vida ou saúde por motivos religiosos. Neste contexto, em caso de urgência médica, é legítimo o médico pugnar pelo interesse do menor, pelo seu bem-estar e pela própria dignidade humana, prevalecendo assim a realização da intervenção a favor da criança. Nos casos em que a situação revista igualmente carácter urgente, mas ainda haja tempo para aguardar por uma decisão, o médico deve procurar suporte jurídico de modo a salvaguardar o superior interesse do menor. Haverá assim a intervenção do tribunal de modo a que possa auxiliar na resolução do problema e tomar as medidas necessárias tendentes à proteção do jovem. Mais uma vez se constata que o Estado tem, atualmente, um papel importantíssimo não só na educação mas também na precaução e intervenção em situações de ameaça para os direitos das crianças e dos jovens.

No entanto, há ainda situações em que os pais dão preferência a outro tratamento alternativo face ao tratamento tradicional. Nestes casos, concordamos que deve ser reconhecido aos pais o direito a recorrer a outros tratamentos e medicinas alternativas, devendo imperar a sua vontade quando estejam suficientemente informados e visem seguir um tratamento credível que garanta o bem estar do filho. Porém, se da sua decisão resulta um grave dano ou risco para a vida do menor, dever-se-á, também aqui, proceder a uma limitação das responsabilidades parentais.

Encerrando a visão sobre os limites impostos ao poder paternal, concluímos ainda que a atitude dos pais contrária à da recusa não é isenta de problemas. Muitas vezes, os pais, seja por terem esperança de que um determinado tratamento é capaz de salvar a vida do menor, seja por força da religião que professam, insistem em prolongá-lo a todo o custo, muitas vezes não admitindo ou não tendo consciência de que isso poderá trazer ainda mais sofrimento para o filho. No entanto, hoje é consensual a não admissão de tratamentos fúteis, isto é, tratamentos que vão contra as boas práticas médicas. O que se pretende evitar é que o menor seja sujeito a tratamentos médicos de sustentação da vida que se revelem cruéis e desumanos porque prolongam apenas o sofrimento e a dor por um período de tempo potencialmente indefinido. Uma visão absolutista da preservação da vida da criança a todo o custo pode assim revelar-se fortemente contrária aos seus interesses.

Seguidamente, analisámos ainda a relação obrigacional quando o paciente é menor e vimos que este é um sujeito desprovido de autonomia negocial, devendo o contrato médico ser celebrado pelo seu representante legal. Neste sentido, todos os atos que impliquem compromissos jurídicos estão fora do alcance do menor e para que possam ser válidos, devem ser os pais a assumi-los. Consideramos que a figura mais apropriada para que se possa perceber esta relação entre médico, pais e o menor incapaz é a do contrato com eficácia de proteção para terceiros, tendo em conta os vários benefícios que comporta. No caso de ser um terceiro a solicitar os próprios serviços médicos para salvar um menor incapaz ou inconsciente, esse terceiro seria visto como um gestor de negócios e falaríamos de uma gestão representativa, suscetível de ratificação. Por fim, caso seja o próprio incapaz a requer os serviços médicos, estamos perante uma gestão de negócios não representativa, à semelhança da situação em que é o próprio médico que leva a cabo, por si próprio, uma intervenção para acudir um paciente inconsciente.

Por fim, vimos ainda que o menor pode ainda ser detentor, independentemente da capacidade para consentir, de um direito ao co-consentimento onde a decisão não é tomada por si sós mas sim é partilhada entre os pais e o menor, assim como de um direito de veto que consiste no direito de se opor a uma intervenção que o seu representante tenha consentido. O legislador estabeleceu a previsão de ambos os direitos em situações excecionais que se reportam a intervenções médicas mais invasivas e de maior complexidade, como é exemplo, a colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana e a investigação clínica.

Feito este apelo, esperamos ter abordado de modo diligente e adequado o tema que nos propusemos abordar, cumprindo os objetivos previstos para a realização desta investigação.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Luís Vasconcelos, *O segredo médico no direito português vigente*, in *Estudos de Direito da Bioética*, Coimbra, Almedina, 2005.

ALBUQUERQUE, Catarina de, *Os direitos da criança em Portugal e no mundo globalizado: O princípio do interesse superior da criança*, em AA. VV., *Direito das crianças*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

ALFAIATE, Ana Rita, *Autonomia e Cuidado*, em AA.VV., *O cuidado como valor jurídico*, coordenação de Tânia da Silva Pereira e Guilherme de Oliveira, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008.

ALMEIDA, Ana Costa de e ALMEIDA, Carlos Costa de, *Recusa de transfusões sanguíneas em tratamentos e intervenções médico-cirúrgicas, Perspectiva médica e jurídica, Separata de Estudos e Temas Jurídicos (nº4) do Boletim do Conselho Distrital de Coimbra da Ordem dos Advogados, nº15, 2004.*

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Os contratos civis de prestação de serviço médico*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996.

ALMEIDA, Filipe Nuno Alves dos Santos, *Vulnerabilidade na prática clínica da saúde da criança*, *Revista Brasileira de Bioética*, Vol. 2, Número 2, 2006.

ALMEIDA, José Carlos Moitinho de, *A Responsabilidade civil do médico e o seu seguro*, in *Separata da Revista Scientia Iyridica*, tomo XXI, Nº 116-117, 1972.

AMERICAN ACADEMY OF PEDIATRICS, *Noninitiation or withdrawal of intensive care for high-risk newborns*, *Pediatrics*, Vol. 119, Nº 2, 2007.

AMORIM, Ana, *O consentimento informado de menores de idade na atividade pericial forense*, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Ano XXI, Nº 23, 2012.

AMORIM, Ana, *O consentimento informado de menores: Reflexões críticas sobre a lei atual*, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 8, Nº 15, 2011.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 1974.

ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte especial*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil- Teoria Geral*, Vol. I, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

AYMÁ, Alejandra de Lama, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

BEAUCHAMP, Tom L., CHILDRESS, James F., *Principles of Biomedical Ethics*, 8th Edition, New York-Oxford, Oxford University Press, 2019.

BERLINI, Luciana Fernandes, *Responsabilidade civil pelo exercício abusivo da autoridade parental no âmbito sanitário*, *Cadernos da Lex Medicinæ*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. II, N°4, 2019.

BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Consent, rights and choices in health care for children and young people*, London, BMJ Books, 2003.

CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de direito da personalidade*, in *Separata do Vol. LXVI (1990) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2º edição, Coimbra, 1995.

CANOTILHO, J.J Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

CARVALHO, Orlando de, *Teoria geral do direito civil*, 3ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família, Introdução Direito Matrimonial*, Vol. I, 5ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

DANTAS, Eduardo, *Diferenças entre o consentimento informado e a escolha esclarecida, como excludentes de responsabilidade civil na relação médico x paciente, Lex Medicinæ, Revista Portuguesa De Direito da Saúde, Ano 4, Nº 8, Coimbra Editora, 2007.*

DEUTSCH, Erwin, SPICKHOFF, Andreas, *Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht, 7. Auflage, Berlin, Heidelberg: Springer, 2014.*

DIAS, João Álvaro, *Procriação assistida e responsabilidade médica, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1996.*

DIAS, João Álvaro, *Responsabilidade, informação, consentimento e confidencialidade, in Revista Portuguesa do Dano Corporal, Nº4, Ano II, 1994.*

DIAS, Jorge Figueiredo e MONTEIRO, Jorge Sinde, *Responsabilidade médica em Portugal, in Separata do Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1984.*

ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *Consentimento informado-Relatório Final, Maio, 2009.*

ESCADA, Ana Vide, *O consentimento e a recusa informados em idade pediátrica.*
Disponível em: https://spoftalmologia.pt/wp-content/uploads/2014/07/AnaVideEscadaConsentimento_MedicoemIdadePediatriaSPO.pdf.

FACHIN, Luiz Edson, *Elementos críticos do Direito de família, Curso de Direito Civil, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.*

FARIA, Maria Paula Ribeiro de, *A “lei do sangue”- ou o conflito entre o respeito pela autonomia da pessoa e a defesa da vida e da integridade física, in Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Tomo 1, Vol. XII, 1998.*

FARIA, Maria Paula Ribeiro de, *Aspectos jurídico-penais dos transplantes, Porto, Universidade Católica Portuguesa-Editora, 1995.*

FARIA, Paula Ribeiro de, *O dever de esclarecimento médico nos casos de diagnóstico de doença grave ou incurável ou prognóstico de vida limitado e o art.157º do Código Penal*, *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 16, Nº31 e 32, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019.

FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, 5ª edição (revista e atualizada), Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009.

FIALHO, António José, *Guia prático do divórcio e das responsabilidades parentais*, com a colaboração científica de Manuel José Aguiar Pereira e Helena Bolieiro, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

FORTIN, Jane, *Re C (medical treatment). A baby's right to die*, *Child and Family Law Quarterly*, 10, 1998.

FRISCH, Wolfgang, *Consentimento e consentimento presumido nas intervenções médico-cirúrgicas*, in *Revista Portuguesa da Ciência Criminal*, Ano 14, Nº 1 e 2, Coimbra Editora, 2004.

GILLON, Raanan, *Philosophical Medical Ethics, Consent*, in *British Medical Journal*, Vol. 291, 1985.

GODINHO, Adriano Marteleto, *Consentimento informado, consentimento presumido e o dano à autodeterminação dos pacientes*, *Cadernos da Lex Medicinæ*, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Nº4, Vol. I, 2019.

GOMES, Carla Amado, *Defesa da Saúde Pública vs Liberdade Individual: Casos da vida de um médico de saúde pública*, Versão longa da intervenção oral da autora na 6ª edição das Jornadas *Novos Horizontes para a Saúde Pública*, realizadas em Guimarães de 10 a 12 de Março de 1999.

GONZÁLEZ, José Alberto, *Testamento vital e procuração de cuidados de saúde*, Lisboa, Quid Juris, 2013.

GUIMARÃES, Maria de Nazareth Lobato, *Ainda sobre menores e consultas de planeamento familiar*, *Revista do Ministério Público*, Ano 3º, Vol. X, 1982.

HÖRSTER, Heinrich Ewald e SILVA, Eva Sónia Moreira da, *A parte geral do código civil português : teoria geral do direito civil*, 2ª edição (revista e atualizada), Coimbra, Almedina, 2019.

KANT, Immanuel, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_metafisica_costumes.pdf.

LAGO, Patrícia M., e outros, *Cuidados de final de vida em crianças: perspectivas no Brasil e no mundo*, *Jornal de Pediatria*, Vol. 83, Nº 2, Rio de Janeiro, 2007.

LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das obrigações*, Vol. I, 15ª edição, Almedina, 2018.

LOUREIRO, João Carlos, *Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito*, II-Cuidado(s), in *Revista Portuguesa de Bioética*, Nº 4, 2008.

MACHADO, Francisca Santos e MOGO, Sara Lúpi, *Liberdade religiosa em especial-Direito, Religião e Tratamentos médicos*, CEDIS Working Papers, Direito, Estado e Religião, Nº 1, 2015.

MARTINS, Rosa Cândido, *A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Coimbra, Coimbra editora, 2004.

MARTINS, Rosa, *Menoridade, (In)capacidade e cuidado parental*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

MATOS, Mafalda Francisco, *O problema da (ir)relevância do consentimento dos menores em sede de cuidados médicos terapêuticos: Uma perspectiva jurídico-penal*, 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

MELO, Jorge A. S., *Consentimento informado – uma sinopse*, in *Revista Portuguesa de Cirurgia*, II Série, Nº 2, 2007.

MONTEIRO, A. Reis, *Direitos da Criança: Era Uma Vez...*, Coimbra, Almedina, 2010.

MONTEIRO, Jorge Sinde, *Responsabilidade por informações face a terceiros*, in *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 73, Coimbra, 1997.

MOREIRA, Sónia, *A autonomia do Menor no Exercício dos seus Direitos*, *Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, *Scientia Iuridica*, Tomo L, Nº 291, 2001.

NUNES, Rui, *Consentimento informado e boa prática clínica*, in *Julgar*, Nº Especial, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

OLIVEIRA, Guilherme de, *A criança maltratada*, in *Temas de Direito da Família*, 2ª Edição aumentada, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

OLIVEIRA, Guilherme de, *Direito Biomédico e Investigação clínica*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Nº 3882, 1998.

OLIVEIRA, Guilherme de, *Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica*, in *Temas de Direito da Medicina*, 2ª Edição Aumentada, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

OLIVEIRA, Guilherme de, *O acesso dos menores aos cuidados de saúde*, in *Temas de Direito da Medicina*, 2ª Edição aumentada, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

OLIVEIRA, Guilherme de, *O fim da «arte silenciosa»*, in *Temas de Direito da Medicina*, 2ª Edição aumentada, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

OLIVEIRA, Guilherme de, *Protecção de menores/Protecção familiar*, in *Temas de Direito da Família*, 2ª Edição aumentada, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

OLIVEIRA, Guilherme de, PEREIRA, André Dias, *Consentimento informado*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2006.

PEREIRA, André Gonçalo Dias, *A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade médica*, 1ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2015.

PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento informado na relação médico-paciente*, *Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O dever de sigilo do médico: um roteiro da lei portuguesa*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Nº 19, 2009.

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

PINHEIRO, Jorge Duarte, *A tutela da personalidade da criança na relação com os pais*, *Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Scientia Iuridica*, Tomo LXIV, Nº 338, 2015.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *Limites ao exercício das responsabilidades parentais em matéria de saúde da criança, Vida e corpo da criança nas mãos de pais e médicos?*, 1ª edição, Coimbra, Gestlegal, 2020.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família contemporâneo*, 7ª edição, Coimbra, Gestlegal, 2020.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *Temas de Direito Pediátrico: saúde da criança, capacidade e sujeição a responsabilidades parentais*, 1ª edição, Coimbra, Gestlegal, 2021.

PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 2ª Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

PINTO, José Rui Costa, *Bioética para todos*, Braga, Editorial A.O., 2006.

PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota, *Os direitos de personalidade no Código Civil de Macau*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXVI, Coimbra, 2000.

PINTO, Paulo Mota, *A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, in *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

PRATA, Cláudia Alves, *As Testemunhas de Jeová e a Discriminação no Acesso a Tratamentos Isentos de Sangue, e-Pública: Revista Electrónica de Direito Público*, Vol. 3, Nº 2, 2016.

RAPOSO, Vera Lúcia, *Do ato médico ao problema jurídico: Breves notas sobre o acolhimento da responsabilidade médica civil e criminal na jurisprudência nacional*, 2ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2015.

RAPOSO, Vera Lúcia, *Do Regime das Intervenções Médico-Cirúrgicas Arbitrárias no Código Penal Português*, *Revista Peruana de Ciências Penales*, 2013.

RIBEIRO, Geraldo Rocha, *Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)*, *Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 7, nº 14, Coimbra Editora, 2010.

RIBEIRO, Ricardo Lucas, *Obrigações de Meios e obrigações de resultado*, 1ª edição, Coimbra, Coimbra editora, 2010.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade civil por erro médico: Esclarecimento/ Consentimento do doente*, *Revista Jurídica Digital*, Ano 1, Nº1, Data Venia, 2012.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade médica em direito penal: (estudo dos pressupostos sistemáticos)*, Coimbra, Almedina, 2007.

RODRIGUES, João Vaz, *A recusa do paciente perante intervenções médicas*, Tese apresentada à Universidade de Évora para obtenção do Grau de Doutor em Teoria Jurídico-Política e Relações Internacionais, Évora, 2015.

RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento informado para o ato médico no ordenamento jurídico português (Elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

RUEFF, Maria do Céu, *O segredo médico como garantia de não-discriminação-Estudo de caso: HIV/SIDA*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

SANTOS, André Teixeira dos, *Do consentimento dos menores para a realização de actos médicos terapêuticos*, in *Revista do Ministério Público*, Ano 30, Nº118, 2009.

SILLMANN, Marina Carneiro Matos e SÁ, Maria de Fátima Freira de, *A recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: uma análise a partir da competência de Gillick*, in *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*, Vol. I, Nº 2, Minas Gerais, 2015.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *O Direito das Crianças - um novo ramo do Direito*, in *Temas de Direito das Crianças*, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2016.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, 7ª edição, Coimbra, Almedina, 2021.

SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, 1ª edição (Reimpressão), Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

SOUSA, Rabindranath Capelo de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, Coimbra Editora, 2003.

VALE, Maria do Carmo e OLIVEIRA, Guilherme de, *Consentimento informado em menores*. Disponível em:
<https://www.ceic.pt/documents/20727/57508/Consentimento+Informado+em+Menores/3e12fb83-7a05-4632-baf3-f1a885fb23a5>

VARELA, Antunes, *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10ª edição (revista e atualizada), Coimbra, Almedina, 2018.

WELLESLEY, Hugo and JENKINS, IAN.A., *Withholding and withdrawing life-sustaining treatment in children*, *Pediatric Anesthesia*, 19, Blackwell Publishing Ltd, 2009.