



• C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

O Consentimento Informado dos Menores nas Intervenções Médicas

Uma nova perspetiva

Máisa Raquel Matias Coutinho

*Dissertação apresentada no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito,
à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Área de Especialização: Ciências Jurídico-Forenses
Orientador: Doutor André Dias Pereira*

Coimbra
Janeiro de 2016

*À minha Mãe,
com quem posso sempre contar.*

Índice

<i>Agradecimentos</i>	4
<i>Nota prévia</i>	5
<i>Lista de siglas e abreviaturas</i>	7
I. INTRODUÇÃO	8
II. O CONSENTIMENTO INFORMADO	10
1. <i>Evolução histórica</i>	10
2. <i>O Consentimento Informado no Ordenamento Jurídico Português</i>	13
3. <i>Dever de Esclarecimento</i>	20
III. REGIME DO CONSENTIMENTO DOS MENORES	23
1. <i>Incapacidade para consentir</i>	24
2. <i>Competência para Consentir</i>	27
3. <i>Maioridades especiais</i>	32
4. <i>Direito à Recusa de Tratamento</i>	34
5. <i>Colheita e Transplante de Órgãos e Tecidos</i>	40
6. <i>Ensaio Clínicos</i>	41
IV. BREVE OLHAR SOBRE O DIREITO COMPARADO	43
V. CASOS ESPECIAIS	46
1. <i>As Crianças Intersexuais</i>	46
2. <i>Vacinar ou não vacinar?</i>	50
VI. CONCLUSÃO	53
VII. BIBLIOGRAFIA	58

Agradecimentos

Ao Professor Doutor André Dias Pereira, por ter aceitado orientar esta dissertação, pelos conselhos, sugestões, incentivo e, acima de tudo, pela disponibilidade.

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e aos seus Professores que, mais do que conhecimento, me inculcaram, desde o primeiro dia, valores como o rigor e a excelência, pondo à prova a minha perseverança e levando-me a superar o que pensava serem os meus limites.

Aos Professores que, desde tenra idade, me acompanharam, me prepararam para chegar aqui com sucesso e tanto contribuíram para a formação da minha personalidade.

Aos meus pais, pelo apoio incondicional, por toda a dedicação e sacrifícios. Por acreditarem em mim, às vezes mais do que eu mesma, e nunca deixarem de me incentivar a prosseguir os meus sonhos. Em especial à minha mãe, por ter desempenhado um papel essencial na elaboração desta dissertação.

À minha irmã, pela amizade, companheirismo e apoio.

Nota prévia

O trabalho que agora se apresenta resulta de pesquisa e análise crítica relativa ao consentimento dos menores nas intervenções médicas e destina-se a obtenção do grau de Mestre em Direito na área de especialização em Ciências Jurídico-Forenses, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Esta dissertação foi redigida ao abrigo do Novo Acordo Ortográfico, ao abrigo da Resolução do Conselho de Ministros n.º 8/2011, mantendo-se nas transcrições a ortografia tal e qual é apresentada pelo autor.

Ao longo deste trabalho foram realizadas pesquisas em diversas línguas, assumindo a autora inteira responsabilidade por eventuais erros na sua interpretação, assim como na utilização de terminologia científica e médica a que cuja utilização este trabalho obriga.

No que concerne às notas de rodapé, a primeira citação de todos os artigos ou obras fez-se através da indicação bibliográfica completa, enquanto que nas seguintes, a identificação limitou-se à indicação do autor, o título da obra ou parte do mesmo, seguido da expressão «ob. cit.» e da(s) página(s) citada(s) e/ou nota de rodapé em que se encontra.

A bibliografia encontra-se ordenada por ordem alfabética de autores; sendo que, quando utilizados várias obras ou artigos do mesmo autor, estes encontram-se ordenados por ordem cronológica, do mais antigo para o mais recente.

*"(...) Eles não sabem, nem sonham,
que o sonho comanda a vida,
que sempre que um homem sonha
o mundo pula e avança
como bola colorida
entre as mãos de uma criança."*

António Gedeão

Lista de siglas e abreviaturas

Art. - Artigo

CC - Código Civil

CDC - Convenção sobre os Direitos da Criança

CDOM - Código Deontológico da Ordem dos Médicos

CEDHBio - Convenção Europeia sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina

CEIC - Comissão Ética para a Investigação Clínica

Cfr. - Conferir/Confrontar

CNECV - Comissão nacional de Ética para as Ciências da Vida

CP - Código Penal

CPCJ - Comissão de Proteção de Crianças e Jovens

CRP - Constituição da República Portuguesa

DR - Diário da República

LPCJP - Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo

NHS - National Health Service

ONU - Organização das Nações Unidas

OTM - Organização Tutelar de Menores

P(p). - página(s)

I. INTRODUÇÃO

Falar de saúde é falar do bem mais precioso que o ser humano pode desejar; algo indispensável à vida e à qualidade de vida a que todos têm direito. Perder a saúde ou nascer sem ela traz ao ser humano não só dor e desconforto físico como também problemas emocionais e sociais. Esta situação é ainda mais grave quando são os mais novos a sofrer destes problemas, se bem que a estes é atribuída uma grande capacidade de superação, luta e resiliência.

As crianças acometidas por um qualquer problema de saúde podem passar grande tempo das suas vidas em meio hospitalar; os cuidados médicos, o apoio dos pais, familiares e amigos são essenciais para a superação dos seus problemas. A ciência tem evoluído muito, é essencial para a esperança e qualidade de vida, mas nem sempre os tratamentos administrados refletem essa evolução.

As notícias difundidas na comunicação social sobre crianças em extremo sofrimento não nos deixam indiferentes; questionam-nos sobre a “justiça divina” que impõe tanto sofrimento às crianças roubando-lhe a oportunidade de viverem a infância e adolescência em pleno. Compreendemos a posição dos pais na procura de tratamentos e soluções que minorem o problema daqueles seres a quem a doença tem tirado tudo, só falta tirar a vida.

Grande parte dos menores e dos pais não tem informação suficiente sobre o problema nem sobre as soluções que a ciência oferece; por outro lado, muitos dos detentores do conhecimento não evoluem ao mesmo tempo que a ciência, e agem de acordo com práticas e procedimentos habituais, cingindo-se aos protocolos estabelecidos e não dando espaço à inovação.

Os pais, quase todos, porque confiam nos profissionais de saúde, não os questionam e deixam ao seu critério a tomada de decisões relativas aos atos médicos a que o filho será sujeito, aceitando as práticas sugeridas; os que procuram soluções diferentes e inovadoras, quiçá noutros países, esbarram com dificuldades diversas, desde monetárias a institucionais; os filhos, os principais interessados e cuja saúde está em causa vêem-se muitas vezes obrigados a acatar as decisões que os adultos tomam por eles, ainda que estas sejam de extrema importância para a sua saúde.

Este trabalho não pondo em causa a ciência, a comunidade médica ou o conhecimento científico pretende contribuir para a defesa e promoção dos direitos dos menores, para que no exercício destes, sejam chamados a intervir em questões pertinentes para a sua vida.

Após uma breve evolução histórica sobre o consentimento informado, iremos abordar o regime do consentimento informado no ordenamento jurídico português e o dever de esclarecimento. Resultando da lei a incapacidade do menor para prestar consentimento, faremos uma explanação sobre a solução legal para suprimir esta incapacidade, quer através do exercício das responsabilidades parentais, quer através da consagração das chamadas "maioridades especiais" expressamente previstas pelo legislador.

Refletindo criticamente sobre a problemática, iremos ponderar os critérios que deverão definir a capacidade do menor, não só para consentir uma intervenção médica, como também para a recusar, procurando harmonizar o direito à saúde com o direito à autodeterminação do menor.

Após uma breve incidência sobre as disposições legais a nível de direito internacional, iremos contemplar algumas situações extraordinárias, nomeadamente a recusa em vacinar os filhos e a realização de intervenções cirúrgicas nas crianças intersexuais, muitas vezes realizadas antes mesmo destas terem capacidade para falar, quanto mais para consentir!

II. O CONSENTIMENTO INFORMADO

1. *Evolução histórica*

Atualmente o consentimento informado constitui-se como um elemento essencial no âmbito de qualquer intervenção médica, contudo, nem sempre foi esta a realidade. Na verdade, só nos últimos 100 anos é que se verificou uma verdadeira e significativa mudança no âmbito da relação médico-paciente, que permitiu desenvolver a doutrina do consentimento informado.

O consentimento informado resultou de uma longa e progressiva evolução ao longo dos tempos. Na Medicina antiga, embora se reconhecesse o respeito ao paciente, tal não equivalia à liberdade deste. A realidade médica era guiada pelo paternalismo clínico de Hipócrates que se caracterizava por uma certa desumanização do paciente, fundamentada pela ideia que aquele transmitia, ainda que implicitamente, de que "*o paciente não tem cara*"¹. O médico, estando na posse dos conhecimentos e competências médicas, decidia a melhor opção para cada caso concreto. O modelo paternalista era guiado pelo princípio da beneficência, sem que as opiniões do paciente fossem consideradas relevantes. Era ao médico, enquanto detentor dos conhecimentos e *expertise*, a quem competia decidir qual a melhor opção para o paciente.

A medicina sofreu profundas alterações e conseqüentemente a relação médico-paciente. O médico assume-se hoje como profissional tecnicamente habilitado e o doente adotou uma posição mais ativa, atribuindo-se primazia ao direito à autodeterminação do paciente. Não só se estabeleceu a necessidade de informar o paciente sobre a terapêutica que se entende adequada, como também de obter o seu consentimento para a pôr em prática. Ao longo do processo de evolução da doutrina do consentimento informado, algumas decisões judiciais e documentos internacionais constituíram-se como marcos históricos devido à sua relevância e carácter inovador.

¹ REIS, Rafael Vale, O Consentimento na Relação Médico Paciente, texto do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 4, disponível em <https://woc.uc.pt/feuc/getFile.do?tipo=2&id=10370> acedido a 23 de janeiro de 2016

Em 1767, o caso *Slater versus Baker & Stapleton* consagrou a primeira sentença inglesa no âmbito do direito ao consentimento, ao condenar dois médicos que atuaram sem o prévio consentimento do paciente.

Quase um século depois, em 1859, o *Tribunal Correccional de Lyon*, em França, declarou que as obrigações do médico perante a ciência não podiam ir além do respeito devido ao doente, em especial por estarem, em causa, experiências realizadas em menores, incapazes de darem o seu consentimento livre e esclarecido. A 28 de Janeiro de 1942, a *Cour de Cassation*, consagrou o dever de obter o consentimento do paciente antes de qualquer intervenção.

Nos Estados Unidos da América, a partir do início de século XX, verificam-se diversos casos relativos à autodeterminação da pessoa e em 1914, tornou-se célebre a afirmação do Juiz Benjamin Cardozo no caso *Schloendorff versus Society of New York Hospital*: "*Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body*". O conceito de "*informed consent*" foi introduzido em 1957. No caso *Salgo versus Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, dois médicos foram condenados por não informarem o paciente dos riscos decorrentes de uma aortografia translombar, que resultou numa paralisia irreversível. O dever de esclarecimento ganha aqui destaque, com o juiz a afirmar que o médico não pode ocultar qualquer facto que possa fundamentar ou influenciar o consentimento esclarecido do doente.

Foi no mesmo sentido que, poucos anos depois, os tribunais franceses se pronunciaram, considerando que o médico deveria fornecer as informações necessárias ao paciente, de uma forma simples e entendível que lhe permitisse tomar uma decisão informada.

Sucessivamente, por todo o mundo, afirma-se o direito ao consentimento, suportado pelo valor ético da autonomia da pessoa humana. O grande impulso porém, ocorreu após a Segunda Guerra Mundial com o Código de Nuremberga, em 1947, o primeiro texto de proclamação de direitos dos pacientes.

Após as atrocidades praticadas pela Alemanha Nazi, em especial as experiências "médicas" praticadas em judeus nos campos de concentração, que resultou na condenação de vários médicos alemães, sentiu-se necessidade de consagrar, de forma inequívoca, o direito à autodeterminação do paciente. É um documento internacional que reúne um conjunto de

princípios éticos que regem as experiências com seres humanos, enfatizando a obrigatoriedade do consentimento consciente, livre e informado por parte do sujeito da experiência.

Impulsionados com os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial e as consequências dos regimes totalitários, verificou-se a consagração da dignidade da pessoa humana em grande parte das constituições europeias tais como: na Constituição da República Federal Alemã de 1949, na Constituição Italiana de 1947, na Constituição Grega de 1975, na Constituição da República Portuguesa de 1976 e na Constituição de Espanha de 1978.

A Associação Médica Mundial inspirada pelo Código de Nuremberga e pelos princípios éticos nele defendidos, redigiu, em 1964, a Declaração de Helsínquia. A primeira norma internacional com carácter vinculativo relativa à proteção do consentimento informado foi redigida, em 1966, no Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, no artigo 7.º: *"Ninguém será submetido a tortura nem a pena ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Em particular, é proibido submeter uma pessoa a uma experiência médica ou científica sem o seu livre consentimento."*

Em 1981, a Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Doente² consagra o direito do paciente a aceitar ou recusar tratamento depois de ser devidamente informado.

A 4 de Abril de 1997, os Estados-Membros do Conselho da Europa juntamente com os EUA, Canadá, Vaticano, Japão e Austrália e a Comunidade Europeia assinaram, em Oviedo, a Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina, que tem como um dos seus princípios fundamentais o respeito pelo consentimento informado. Também a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia consagra o direito ao consentimento informado, tendo sido incorporada no Tratado de Lisboa, significando assim que estes direitos passaram a ter força normativa plena, com exceção no Reino Unido e na Polónia.

A Declaração Universal sobre a Bioética e Direitos Humanos, aprovada em 2005 pela Assembleia Geral da UNESCO, consagra expressamente nos seus artigos 6.º e 7.º o consentimento informado: *"Qualquer intervenção médica de carácter preventivo,*

² Adotada pela 34ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Lisboa, Portugal, setembro e outubro de 1981 e emendada pela 47ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Bali, Indonésia, setembro de 1995

diagnóstico ou terapêutico só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa em causa, com base em informação adequada."

2. O Consentimento Informado no Ordenamento Jurídico Português

A atividade médica está intimamente relacionada com os direitos de personalidade, como o direito à vida e o direito à integridade física e moral. A vida humana é, desde o nascimento até à morte, acompanhada pela ciência médica e, cada pessoa estabelece uma relação com profissionais de saúde que deve ser regulada, uma vez que a atuação destes interfere em bens jurídicos do paciente. Por esse motivo, quando um ato médico³ for realizado sem consentimento do paciente será punido pelo direito penal como crime contra a liberdade pessoal, exigindo-se assim, para que sejam considerados lícitos, o consentimento do paciente, desde que este seja devidamente esclarecido.

ORLANDO DE CARVALHO define o consentimento informado como

*"comportamento mediante o qual se concede a alguém algo, como seja, uma determinada atuação, no caso do consentimento para o acto médico, uma actuação do agente médico na esfera físico-psíquica do paciente com o sentido de proporcionar saúde em benefício próprio, em benefício alheio ou em benefício geral."*⁴

O princípio de tutela geral da personalidade encontra-se consagrado no artigo 70.º do Código Civil, estando plasmados entre os artigos 71.º a 80.º alguns direitos de personalidade, em especial: o direito ao nome, ao pseudónimo, à reserva da intimidade da vida privada, etc. Porém, estes não são os únicos direitos especiais de personalidade, estando abrangidos pela proteção consagrada no artigo 70.º todos bens jurídicos que, enquanto manifestação da personalidade, se devam considerar objeto de um direito de

³ Ato médico é definido em RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português* (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente), Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 24 como "uma atuação do agente médico na esfera físico-psíquica do paciente com o sentido de proporcionar saúde em benefício próprio (deste), em benefício alheio ou em benefício geral".

⁴De acordo com a lição de Orlando de Carvalho na preleção proferida a 13.01.1996 na aula inaugural do Curso de Pós-Graduação em Direito da Medicina *apud* RODRIGUES, João, *ob. cit.*, p. 24, nota de rodapé n.º 7.

personalidade, ainda que não especialmente delimitados.⁵ É o caso do direito à vida, à liberdade, à integridade física, entre outros.

Intrinsecamente ligados ao consentimento, estão o direito à liberdade e autodeterminação e o direito à integridade física, aos quais dedicaremos maior atenção.

O direito à integridade pessoal está consagrado no artigo 25.º da CRP na sua vertente física e moral e traduz-se, basicamente, no direito a não ser agredido, podendo estas agressões consistirem em ofensas à integridade física ou moral das pessoas. Goza de proteção a nível do Direito Penal, nos artigos 143.º e seguintes do CP e é um direito irrenunciável, exceto se estivermos perante a necessidade de uma intervenção médico-cirúrgica.⁶

Por sua vez, no artigo 26.º, n.º1 surge o desenvolvimento da personalidade, que segundo o Tribunal Constitucional inclui "*a autonomia individual e autodeterminação, assegurando a cada um a liberdade de traçar o seu próprio plano de vida*"⁷ e, no n.º 3 desse mesmo artigo, impõem-se que seja garantida a dignidade pessoal e genética do ser humano "*nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização de tecnologias e na experimentação científica*".

Resulta da disposição do artigo 340.º do Código Civil que o ato lesivo de direitos é lícito desde que o lesado o tenha consentido e o consentimento não seja contrário à lei ou aos bons costumes. Estabelece-se aqui um consentimento tolerante que exclui a ilicitude da agressão, onde se integram as intervenções médicas em benefício próprio.⁸

⁵ ANTUNES, A. Morais, *apud* CARVALHO, Ricardo Miguel Pinto de, *A natureza jurídica e o regime do consentimento prestado por ensaios clínicos, Dissertação de 2.º Ciclo de Estudos em Direito*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 14

⁶ CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª Edição, Vol. I, Coimbra Editora, 2007, p. 455

⁷ Acórdão. n.º 288/98, publicado no D.R., I Série - A, n.º91, de 18 de Abril de 1998

⁸ Orlando de Carvalho subdivide o consentimento em três subtipos: tolerante, autorizante e vinculante. O consentimento vinculante (art.º230.º e seguintes e 406.º do CC) compreende uma disposição normal dos direitos de personalidade. O consentimento tolerante atribui um poder de agressão, mas não um direito. Integram-se aqui, o seu entendimento, as intervenções médicas em benefício próprio. O consentimento autorizante (art.º81.º n.º2 CC) atribui um poder jurídico de agressão que, no caso de ser revogado, obriga a indemnizar os prejuízos causados à outra parte. Segundo o autor, seria este o consentimento prestado para as intervenções médicas em benefício geral ou alheio. Opinião divergente é a de André Dias Pereira, que integra as intervenções médicas em benefício geral ou alheio, como a doação de órgãos, no regime consentimento tolerante, pois a obrigação de indemnizar que implica o consentimento autorizante, inibiria a livre revogabilidade do consentimento. Conferir a este respeito: PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado na relação médico-paciente: Estudo de Direito Civil*, Coimbra Editora, 2013, p. 131-133.

Uma intervenção médica "*provoca sempre incómodos físico-psíquicos que, se assumem o mínimo relevo para o direito, não podem não haver-se como lesões da integridade físico-psíquica da pessoa*"⁹ e, sendo a integridade física e a disponibilidade do corpo humano um direito pessoal com natureza de direito, liberdade e garantia, exige-se ao profissional de saúde que obtenha o consentimento informado do paciente. Fundamentando-se num direito inato de personalidade do indivíduo, o dever de obter consentimento informado existe mesmo antes de qualquer relação contratual entre médico e paciente.

A relação jurídica médico-doente tem como base direitos fundamentais do paciente, tais como:¹⁰

- direito a ser informado, a consentir ou recusar o tratamento, podendo esta ocorrer atrás de uma diretiva antecipada de vontade,
- direito a um processo clínico e acesso à informação de saúde,
- direito ao sigilo médico e à proteção dos seus dados pessoais,
- direito a um tratamento adequado de acordo com as *leges artis*.

É possível encontrar diversas menções ao consentimento informado em legislação avulsa. A Lei de Bases da Saúde confere aos utentes o direito a "*ser informados sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado*".¹¹

A Lei .º 15/2014, de 21 de março, visa a consolidação dos direitos e deveres do utente dos serviços de saúde. Prevê, no artigo 3.º o consentimento e a recusa de tratamentos, podendo o utente revogar o seu consentimento a qualquer momento.

Por sua vez, o Código Deontológico da Ordem dos Médicos¹², prevê não apenas o consentimento, como o dever de esclarecimento do médico, aconselhando, inclusive, a existência de um intervalo de tempo entre o esclarecimento e o consentimento, permitindo assim ao doente refletir e, eventualmente, procurar uma segunda opinião antes de tomar uma decisão (art. 44.º e 45.º CDOM).

⁹ ORLANDO DE CARVALHO, *apud* PEREIRA Dias, André, *O Consentimento...*, *ob. cit.*, p. 122, nota 256

¹⁰ PEREIRA, André Dias, «Alguns aspetos do consentimento informado», *Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico Criminais*, n.º (2014), Coimbra. p. 168

¹¹ Base XIV, n.º1, alínea e), da Lei n.º 48/90, de 24 de agosto, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 27/2002, de 8 de novembro.

¹² Regulamento n.º 14/2009, da Ordem dos Médicos, Diário da República n.º8, II Série, de 11 de janeiro de 2009

A validade do consentimento está dependente de ser prestado por uma pessoa livre, com capacidade para compreender e avaliar a intervenção proposta, estando esclarecida quanto a todos os aspetos essenciais e relevantes para uma tomada de decisão. O consentimento pode ser expresso ou tácito, em aplicação do princípio da liberdade declarativa (art. 217.º do CC) e do princípio da liberdade de forma (art. 219.º CC).

Excetuam-se as intervenções não terapêuticas, para as quais é necessária uma declaração de vontade inequívoca do paciente, em regra através da forma escrita, tais como: a interrupção voluntária da gravidez¹³, os transplantes entre vivos¹⁴, a esterilização voluntária¹⁵, a procriação medicamente assistida¹⁶, entre outras.

A Direção Geral de Saúde, na norma 15/2013, de 3 de outubro de 2013, recomendou que o consentimento informado seja prestado em formulários próprios onde constará o diagnóstico e situação clínica do paciente, a intervenção médico-cirúrgica proposta, assim como os seus benefícios e riscos associados, e a declaração do doente em como, não só recebeu as informações orais e escritas, como as compreendeu.

A exigência do consentimento informado não depende da existência de relação contratual uma vez que se fundamenta "*num direito inato de personalidade*"¹⁷ do paciente, enquanto titular do direito à autodeterminação pessoal que lhe dá poder para decidir as matérias referentes ao seu corpo, saúde e vida.

O regime do consentimento está consagrado no artigo 38.º do Código Penal, aqui se estabelecendo os requisitos necessários para que o consentimento exclua a ilicitude do ato.

Uma das características fulcrais do consentimento é a sua atualidade; por outras palavras, salvo situações de urgência, terá de ser prestado antes da prática do ato e manter-se durante a atuação do agente, podendo o paciente, "*em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento*", como resulta do artigo 5.º da CEDHBio. Eventuais renúncias ao direito de

¹³ Artigo 142.º, n.ºs 4, 5 e 6 do Código Penal

¹⁴ Artigo 8.º, n.º2 da Lei n.º 12/93, de 22 de abril, alterada pela lei n.º22/2007 e artigo 19.º2 da CEDHBio

¹⁵ Artigo 10.º da Lei n.º 3/84, de 24 de março

¹⁶ Artigo 14.º, n.º1 da Lei da Procriação Medicamente Assistida, aprovada pela Lei n.º32/2006, de 26 de julho, com as alterações introduzidas pela Lei n.º59/2007

¹⁷ OLIVEIRA, Guilherme de, "Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica", *Temas de Direito da Medicina*, 2.ª edição aumentada, Coimbra Editora, 2005, p. 63

revogar, serão sancionadas com a nulidade, por serem contrárias à ordem pública (art. 280.º CC)¹⁸.

O n.º1 do artigo 38.º enumera os requisitos de fundo, estabelecendo que o consentimento deve referir-se a "*interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes*". Logo, a exclusão da ilicitude só se verifica relativamente aos interesses que se encontrem ao dispor do seu titular, como é o caso da integridade física (art. 149.º CP).

Quanto ao requisito de não ofender os bons costumes, este diz respeito ao facto praticado, logo, atendendo ao n.º2 do artigo 149.º "*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*." Tal significa que relevarão conjuntamente as razões que estão por trás da prática do ato, os meios envolvidos e a eventual perigosidade dos mesmos e, por fim, as lesões praticadas¹⁹.

No entendimento de alguma doutrina, apesar de o princípio *in dubio pro vita* ser o princípio norteador do nosso Código Penal, o legislador português ao criminalizar as intervenções médicas sem consentimento do paciente, fez prevalecer o direito à autodeterminação sobre o direito à vida, uma vez que o médico está impedido de atuar sem consentimento, mesmo que a recusa de tratamento tenha como consequência a morte do paciente²⁰.

Neste sentido, sob a epígrafe *Dos crimes contra a liberdade das pessoas*, é consagrada, no Código Penal Português, a incriminação das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, mais especificamente no artigo 156.º²¹.

¹⁸ Cfr. PEREIRA, André Dias, O consentimento ..., *ob. cit.*, p. 492-495.

¹⁹ SILVA, Fernando, *Os crimes contra a integridade física*, Quid Juris, Sociedade Editora, Lisboa 2011, p. 265

²⁰ RAPOSO, Vera Lúcia, «Do Regime das Intervenções Médico-Cirúrgicas Arbitrárias no Código Penal Português», *Revista Peruana de Ciencias Penales*. 2013, p. 3, disponível em <http://www.vda.pt/pt/comunicacao/noticias-e-imprensa/Do-Regime-das-Intervencoes-Medico-Cirurgicas-Arbitrarias-no-Codigo-Penal-Portugues/9152/> - acedido a 23 de Janeiro de 2016

²¹ Artigo 156.º Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários

1. As pessoas indicadas no artigo 150.º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

2. O facto não é punível quando o consentimento:

a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar -se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para

Não é possível passar-nos despercebida a remissão que o artigo 156.º faz para o 150.º do Código Penal exigindo-nos, devido ao papel essencial que desempenha de complementaridade normativa, a sua devida análise, de forma a melhor compreendermos o alcance do artigo 156.º.

O artigo 150.º, n.º1 procurando proteger os atos médicos, enumera os quatro elementos cumulativamente necessários para que uma conduta corresponda ao exercício consciente da atividade médica e que, ainda que não constituam uma ofensa à integridade física, caem no âmbito das intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários quando realizadas sem o consentimento do paciente, podendo ser punidas.

As intervenções que integram este artigo 150.º são aquelas conformes à medicina institucionalizada e convencional, realizadas por "*um médico ou pessoa legalmente autorizada*" de acordo com as *leges artis*²². E por último, a intervenção precisa ter um intuito terapêutico, por outras palavras, que se destine, ainda que indiretamente, a diagnosticar, prevenir, tratar e curar uma doença, lesão ou perturbação mental. Este requisito implica a exclusão do âmbito de aplicação da norma, as intervenções sem finalidade terapêutica, ou seja, a título de exemplo, as intervenções estéticas e esterilizações, que se constituem como ofensas corporais típicas, justificadas através do consentimento informado do paciente e às quais se aplicará o regime do consentimento do ofendido, previsto no artigos 38.º e 149.º do Código Penal.

Segundo COSTA ANDRADE²³, o legislador português adotou a tese de que as intervenções cirúrgicas, se reunirem as exigências enumeradas no artigo 150.º e já acima mencionadas, não preenchem o tipo das ofensas corporais, independentemente do resultado provocado pela mesma. Nem sempre foi assim, contudo. A doutrina dominante e jurisprudência nacional anterior à entrada em vigor do novo Código Penal, entendia que as intervenções

evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde; e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.

3. Se, por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento, é punido com pena de prisão até seis meses ou com pena de multa até 60 dias.

4. O procedimento criminal depende de queixa.

²² *Leges artis* é definido por Maia Gonçalves como "*o conjunto de regras recomendadas pela ciência, pela técnica médica e pelos cuidados gerais*", GONÇALVES, Maia, *Código Penal Português: anotado e comentado*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 577

²³ ANDRADE, Manuel da Costa, *O Consentimento acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*, Reimpressão, Coimbra Editora, 2004, p. 450

médico-cirúrgicas constituíam uma lesão corporal típica, cuja responsabilidade médica era afastada pelo consentimento do paciente.

O n.º2 do artigo 150.º prevê as situações em que o profissional de saúde realiza uma intervenção ou tratamento médico-cirúrgico violando a *leges artis* e criando perigo para a vida ou causando uma lesão grave à integridade física, estabelecendo uma pena de prisão até dois anos ou pena de multa até 240 dias.

Esclarecido, assim, o alcance do artigo 150.º, podemos agora retornar ao artigo 156.º. As intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos que o integram, ao reunirem os elementos do artigo 150.º não preenchem ilícito típico de ofensa à integridade física; contudo, se realizados sem consentimento ou contra a vontade do paciente, o agente será punido pela prática de crimes contra a liberdade, uma vez que violam o direito à autodeterminação do paciente.

No artigo 156.º, n.º1 do Código Penal, prevê-se a punição da intervenção médica não consentida em contraposição à atipicidade da conduta do médico que intervém com o consentimento do paciente. Procura-se tutelar o bem jurídico da liberdade pessoal face aos tratamentos médicos, não se tratando o consentimento de uma renúncia a este bem jurídico, antes uma efetivação do seu exercício.²⁴

O consentimento é dispensado em situações de urgência, não sendo desencadeada responsabilidade civil quando o médico intervenha no interesse do paciente e de acordo com aquela que presume que seja a sua vontade, de acordo com o artigo 340.º n.º3 Código Civil. Também o Código Penal prevê, no artigo 156.º, n.º2 alínea a), a dispensa da necessidade de consentimento quando o doente se encontre incapaz de dar o seu consentimento e cujo adiamento "*implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo e para a saúde*".

²⁴ RIBEIRO, Geraldo, «Quem Decide pelos Menores? Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para os actos médicos», *Lex Medicinæ*, Ano 7, n.º14 - 2010 ISSN 1646-0359 p. 125 - 126

3. Dever de Esclarecimento

O dever de esclarecimento é um elemento essencial do consentimento, fundamentando-se no direito à integridade física e no direito à autodeterminação no âmbito de cuidados médicos. Tem como finalidade garantir que o médico ou profissional de saúde preste ao paciente todas as informações relativas à intervenção médico-cirúrgica proposta, permitindo-lhe, na posse de todos os dados, tomar uma decisão consciente e responsável e assim, prestar um verdadeiro consentimento informado.

Está previsto no artigo 157.º do Código Penal, o mesmo que consagra que, a eficácia do consentimento depende de que o paciente esteja "*devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento*". COSTA ANDRADE afirma que se trata de um dever de "*esclarecimento-para-a-autodeterminação, indispensável ao livre exercício do direito de dispor do corpo e da própria vida*"²⁵.

O cumprimento do dever de esclarecimento impõe que a informação seja o mais completa possível. O profissional de saúde deve explicar porque propõe a intervenção em causa, como esta se irá realizar, quais as vantagens, riscos e potenciais consequências negativas, bem como a existência de alternativas terapêuticas, esclarecendo dúvidas sempre que o paciente as verbalize.

O Código Deontológico da Ordem dos Médicos consagra no artigo 44.º, o esclarecimento do doente, salientando que o médico deve usar uma linguagem acessível ao paciente, devendo ser prestado num momento em que o doente, tendo em conta o seu estado emocional e/ou físico, esteja em condições de compreender as informações recebidas. A validade do dever de esclarecimento não depende de forma escrita podendo, em regra, as informações serem prestadas oralmente. Contudo, cabendo o ónus de prova ao médico, é do interesse deste fazê-lo por escrito, de forma a garantir uma prova do cumprimento da sua obrigação, ainda que o dever de esclarecimento se sobreponha à aquisição de um documento formal de prova.

²⁵ ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial*, 2ª Edição Coimbra Editora, 2012, p. 395

Relativamente ao conteúdo da informação a prestar, existe alguma divergência quanto ao grau de informação que deve ser fornecida. Se impender sobre o médico a obrigação de informar de todos os riscos graves da intervenção, ainda que raros, poderemos estar a criar uma situação de angústia, informando o paciente sobre riscos com uma taxa de incidência quase irrelevante. Além disso, a medicina tornar-se-á defensiva, verificando-se níveis extremos de cautela nos médicos, quer através da adoção de inúmeros meios complementares de diagnóstico quer pela ponderação das taxas de sucesso de terapêuticas mais arriscadas. Tanto o direito francês como o direito alemão impõem um conteúdo muito amplo do dever de esclarecimento, o que se traduz na multiplicação de formulários de consentimento informado, de forma a prevenir ações de responsabilidade civil por violação do dever de informar.²⁶

ROSA MARTINS entende que esta deve ser guiada pelo denominado padrão do doente médio, isto é, esclarecer o doente quanto aos elementos que, em regra, uma pessoa média necessitaria para formar uma opinião. Contudo, a doutrina ressalva que o médico deve atender às circunstâncias do caso concreto, prestando informações que sejam importantes para o paciente em causa, ainda que a maior parte das pessoas considere irrelevante essa informação.²⁷

É esta a visão adotada pela legislação belga e espanhola. O artigo 8 §2 da Lei belga de 2002 define que o dever de esclarecimento inclui os "*riscos inerentes à intervenção e pertinentes para o paciente*", e na Lei espanhola de novembro de 2002, o artigo 10 obriga os médicos a informarem o paciente dos "*riscos relacionados com as circunstâncias pessoais ou profissionais do paciente e os riscos prováveis em condições normais*".²⁸

O nosso ordenamento jurídico prevê exceções ao dever de informar, nomeadamente em situações de urgência, renúncia do paciente ao direito a ser informado e o privilégio terapêutico; estas últimas que analisaremos em maior detalhe.

O **privilégio terapêutico** está previsto no artigo 157.º do Código Penal, no sentido em que dispensa o dever de esclarecimento quando este ponha "*em perigo a sua vida ou*

²⁶ PEREIRA, André Dias, *Alguns aspetos...*, *ob. cit.* p. 175

²⁷ MARTINS, Rosa Cândido, *A criança, o adolescente e o acto médico: o problema do consentimento*, Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977. Coimbra Editora, 2004 . Vol. 1., p. 802

²⁸ PEREIRA, André Dias, *Alguns aspetos ...*, *ob. cit.* p. 176

seriam suscetíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica", aplicando-se apenas às intervenções terapêuticas previstas no artigo 150.º do Código Penal. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina não prevê expressamente o privilégio terapêutico, fazendo apenas uma mera alusão no artigo 10.º n.º3, razões pelo qual a aplicação deste instituto deve ser bastante restrita.²⁹

Assim, o profissional de saúde só pode fazer uso do privilégio terapêutico quando a transmissão de determinadas informações relativas ao seu estado de saúde, possa pôr em risco a vida ou causar danos à saúde do paciente, não podendo ser ocultadas informações com o intuito de influenciar o doente a consentir a intervenção médico-cirúrgica³⁰.

Quanto à renúncia do paciente em ser informado, é designado por "*direito a não saber*" e constitui-se como uma vertente do direito à autodeterminação do paciente.

A renúncia do paciente encontra-se prevista no n.º2 artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina e ilustra as situações em que o paciente prescinde do seu direito a ser informado, confiando ao médico as decisões relativas à sua saúde.

O Código Deontológico da Ordem dos Médicos prevê este mesmo direito no seu artigo 50.º, ao consagrar que os profissionais de saúde devem revelar ao paciente o diagnóstico e prognóstico, não podendo estas informações serem-lhe impostas se o doente não as desejar.

Segundo a doutrina, nos tratamentos de rotina e nos "estádios terminais" o médico está dispensado do cumprimento do dever de informação.³¹

²⁹ Artigo 10.º Vida privada e direito à informação

1 - Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada no que toca a informações relacionadas com a sua saúde.

2 - Qualquer pessoa tem o direito de conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde. Todavia, a vontade expressa por uma pessoa de não ser informada deve ser respeitada.

3 - A título excecional, a lei pode prever, no interesse do paciente, restrições ao exercício dos direitos mencionados no n.º 2.

³⁰ PEREIRA, André Dias, *Direitos dos Pacientes e responsabilidade médica*, Coimbra, 2012, p. 514

³¹ ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense....*, ob. cit. p. 399-400

III. REGIME DO CONSENTIMENTO DOS MENORES

O Código de Seabra estabelecia a maioridade nos vinte e um anos; hoje, porém, desde a reforma do Código Civil de 1977, é aos dezoito anos que se adquire a maioridade, havendo uma concordância entre a maioridade civil, consagrada no artigo 122.º do Código Civil e a maioridade eleitoral (artigo 49.º, n.º1 da CRP).

Também a Convenção sobre os Direitos da Criança³² usa como referência a idade dos dezoito anos, no seu artigo 1.º, ao definir criança ou jovem como "*todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo*".

Ressalva contudo que, ao menor de dezoito anos, deve ser reconhecida a faculdade de manifestar opiniões, na devida proporção da sua autodeterminação, possibilitando-lhe, assim, participar nos assuntos que lhe digam respeito. Na medida da sua maturidade e capacidade de discernimento, deve o menor ser informado, sendo a informação elemento essencial para que possa formar a sua vontade³³.

Com efeito, a Convenção sobre os Direitos da Criança constitui um marco histórico, em que o menor se torna sujeito de direito, com capacidade de discernimento para se expressar e se fazer ouvir nos assuntos relativos à sua vida. A criança já não está relegada para segundo plano, deixando o curso da sua vida ser decido pelos adultos, assume agora um papel ativo, através da sua participação na tomada de decisões.

É esta a mentalidade que se procura incutir nos Estados Partes, de forma a que estes tomem medidas que garantam os direitos das crianças, permitindo-lhes exercê-los de acordo com a sua idade, maturidade e capacidade de discernimento³⁴.

Por outro lado, na ausência de competência do menor para decidir autonomamente, será aos pais ou entidades responsáveis pelo menor, a quem caberá o poder de decisão, usando como critério-guia o superior interesse da criança, como imposto no artigo 3.º, n.º1 da

³² Adotada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas a 20 de novembro de 1989 e ratificada por Portugal a 21 de setembro de 1990

³³ Artigo 12.º e Artigo 13.º da Convenção dos Direitos da Criança

³⁴ MATOS, Mafalda Francisco, *O problema da (ir)relevância do consentimento dos menores em sede de cuidados médicos : uma perspectiva jurídico-penal*, 1ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 64-67

CDC. Também a Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina consagra a necessidade de obter a autorização do representante do menor, ressalvando, contudo, a necessidade de ouvir a opinião deste³⁵.

Também ao Estado cabe desempenhar um papel na defesa do interesse das crianças, legitimando-se, neste sentido, a sua intervenção.

A este respeito, é de especial relevo o Princípio 2.º da Declaração dos Direitos da Criança de 1959, que passamos a citar:

"A criança gozará de protecção especial e deverão ser-lhe dadas oportunidades e facilidades através da lei e outros meios para o seu desenvolvimento psíquico, mental, espiritual e social num ambiente saudável e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na elaboração das leis com este propósito, o superior interesse da criança constituirá a preocupação fundamental."

1. Incapacidade para consentir

De acordo com o artigo 123º do Código Civil Português, os "*menores carecem de capacidade para o exercício de direitos*", incapacidade esta que abrange negócios de natureza pessoal ou patrimonial e é suprimida pela responsabilidade parental e, subsidiariamente, pela tutela.

Como já referido, a maioridade adquire-se aos dezoito anos, estando o menor, até essa idade, sujeito ao cuidado parental.

O regime das responsabilidades parentais está previsto no artigo 1877º e seguintes do Código Civil e por força do artigo 36.º n.º5 da CRP, surge como um poder-dever de educação e manutenção dos filhos, velando pela sua saúde e representando-os na celebração de atos jurídicos. Marcado pelo seu cariz altruísta, o poder paternal é, na

³⁵ Artigo 6.º n.º2 CDHBio: "*Sempre que, nos termos da lei, um menor careça de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efectuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei. A opinião do menor é tomada em consideração como um factor cada vez mais determinante, em função da sua idade e do seu grau de maturidade.*"

verdade, uma "*obrigação do cuidado parental*"³⁶, cujo objetivo é sempre a proteção e promoção dos interesses do menor, com o devido respeito pela sua personalidade.³⁷ O superior interesse da criança institui-se como um critério subjetivo que impõe limites à atuação de terceiros.

No entendimento de GERALDO RIBEIRO, devemos entender as responsabilidades parentais num sentido personalista, assumindo-se a "*criança como pessoa de igual qualidade ao pai e à mãe*", em que as responsabilidades parentais serão exercidas "*nos limites do cuidado*" em que pautará o respeito pela autonomia e autodeterminação do menor.³⁸

Ainda que incapazes de agir, os menores devem participar nas decisões familiares, em especial nas que lhe digam respeito, devendo os pais, de acordo com a sua maturidade, "*reconhecer-lhes autonomia na organização da sua vida*"³⁹. Resulta do artigo 13.º n.º 2 CDC que este direito a ser ouvido só poderá ser restringido em situações excecionais, nomeadamente, por razões de ordem pública ou quando estiverem em causa direitos de terceiros.

A intervenção dos pais deve ser adaptada ao menor e ao desenvolvimento da sua personalidade, permitindo-lhe adquirir progressivamente maior autonomia, na devida proporção da sua idade e maturidade.

A Constituição da República Portuguesa, no seu artigo 36.º, estipula os princípios que devem reger o exercício da responsabilidade parental, nomeadamente o princípio da igualdade entre os cônjuges, como expressão do princípio da igualdade de direitos e deveres dos homens e mulheres. A direção da família será feita por ambos, em especial a educação e manutenção dos filhos⁴⁰. Na existência de desacordo, legitima-se o recurso a tribunal como forma de dirimir os conflitos.

Caso os pais não sejam casados, estejam divorciados ou em separação judicial de pessoas e bens, devem proceder a um acordo de regulação do poder paternal, onde poderá ser

³⁶ CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital, *ob. cit.*, p. 565

³⁷ Neste sentido, a Convenção dos Direitos da Criança, artigo 18.º

³⁸ RIBEIRO, Geraldo Rocha, *ob. cit.*, p. 119

³⁹ Cf. Artigo 1878.º, n.º 2 do Código Civil.

⁴⁰ Neste sentido, também o Código Civil no artigo 1901.º: "*os pais exercem as responsabilidades parentais de comum acordo*".

decidido o exercício comum do poder paternal ou que este será exercício pelo progenitor que tiver a guarda do menor.

Uma vez que a proteção da saúde dos filhos faz parte do conteúdo das responsabilidades parentais, serão os pais quem tem o poder de decisão nas questões relativas à saúde do menor. Não podemos falar de um verdadeiro consentimento, pois este é um ato pessoal, no sentido em que expressa a vontade da pessoa quanto ao seu próprio corpo e aos atos médicos a que aceita ser submetido. Trata-se, antes, de uma autorização dos pais para que determinadas intervenções médicas ou tratamentos sejam realizados no filho e, à semelhança do consentimento, a sua validade depende de que esta autorização seja livre, esclarecida e anterior à prática do ato.⁴¹

Existem, porém, situações excepcionais em que se dispensa a autorização dos pais para a prática de atos médicos.

Em primeiro lugar, por força do artigo 24.º da CDC, o Estado é obrigado a garantir que as crianças gozem do "*melhor estado de saúde possível*", promovendo assim políticas de saúde pública com o intuito de assegurar o acesso das crianças a cuidados de saúde primários e adotando medidas de prevenção, como a vacinação e realização de determinados exames.

A autorização dos pais é igualmente dispensada em situações de urgência, em que a ausência ou adiamento da intervenção resultaria em perigo para a saúde e vida da criança. O superior interesse da criança legitima o médico a realizar as intervenções-médicas necessárias para assegurar o melhor tratamento possível.

O mesmo ocorre aquando da recusa dos pais em autorizar determinado tratamento. Ainda que, no exercício das suas responsabilidades parentais, os pais tenham o direito a recusar certos tratamentos, esta oposição não pode constituir um perigo irreversível para a vida da criança. Se assim for, e na impossibilidade de recurso aos tribunais em tempo útil, o médico pode e deve agir. Na eventualidade de um exercício abusivo das responsabilidades parentais, a CRP garante à criança o direito à proteção da sociedade e do Estado (art. 69.º,

⁴¹ MARTINS, Rosa Cândido, *A criança, o adolescente...*, ob. cit., p. 812-813

n.º1). Através do recurso à via judicial, o médico pode, em vista do superior interesse da criança, requerer o suprimimento do exercício das responsabilidades parentais⁴².

Caso os pais não possam ou sejam inibidos de exercer o poder paternal, aplica-se subsidiariamente o regime da **tutela**⁴³. Designado pelos pais ou pelo tribunal, o tutor desempenhará funções executivas, representando o menor e administrando os seus bens. A sua atuação, tal como nas responsabilidades parentais, deverá reger-se pelos interesses do menor. O tutor deve exercer as suas obrigações "*com a diligência de um bom pai de família*"⁴⁴ procurando assegurar a saúde, segurança e educação do tutelado.

O regime da tutela é muito semelhante ao das responsabilidades parentais, residindo as diferenças essencialmente no que diz respeito a questões patrimoniais. Quanto aos cuidados de saúde, em matéria de transplantes, resulta do artigo 8.º da Lei n.º 22/2007, relativa à Colheita e Transplante de Órgãos e Tecidos de Origem Humana⁴⁵, que os tutores não podem representar os menores. Numa questão tão delicada e vital para uma criança, o legislador optou por atribuir poderes de autorização somente aos pais e ao tribunal, não confiando na figura do tutor.

2. Competência para Consentir

Até este ponto, já expusemos diversas disposições legais, a nível internacional e nacional, para o reconhecimento do direito à autodeterminação do menor e da importância deste, enquanto titular de direitos, a exprimir a sua opinião e participar nas decisões de especial relevo para a sua vida, e, neste caso concreto, para a sua saúde. Chegamos, agora, ao momento crucial em que nos debruçamos sobre os parâmetros a ter em conta para avaliar a capacidade dos menores para consentir em sede de intervenções médico-cirúrgicas.

⁴² Veja-se o artigo 46.º n.º6 do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

⁴³ Regime consagrado nos artigos 1927º e seguintes do Código Civil

⁴⁴ Artigo 1935.º, n.º3 CC

⁴⁵ Artigo 8.º n.º3 da Lei n.º 22/2007 de 29 de junho: "*Tratando-se de dadores menores, o consentimento deve ser prestado pelos pais, desde que não inibidos do exercício do poder paternal, ou, em caso de inibição ou falta de ambos, pelo tribunal*".

A capacidade para consentir consiste na "*capacidade de tomar uma decisão racional sobre os riscos, sacrifícios dos seus próprios bens jurídicos.*"⁴⁶ De acordo com a concepção de AMELUNG, a capacidade compreende quatro elementos: a capacidade de decidir sobre valores, compreender os factos e as alternativas e, por fim, a capacidade para se autodeterminar com base na informação obtida. Na ausência de um dos elementos, o sujeito será incapaz para consentir.⁴⁷

Posto isto, para determinar a capacidade de um menor deverá atender-se a um critério rígido através do estabelecimento de uma idade limite ou, em alternativa, proceder a uma avaliação concreto-subjetiva caso a caso?

Este último critério consiste em determinar a capacidade para o consentimento da criança, procurando apurar se esta, independentemente da idade, possui a maturidade e o desenvolvimento necessários para ser informada sobre o tratamento proposto, compreender o que este envolve e, autonomamente, decidir consentir ou recusar a intervenção médica. A avaliação da competência da criança para consentir, é um processo dinâmico, onde serão ponderados fatores como a gravidade da intervenção, complexidade e os riscos envolvidos e, em regra, ficará a cargo do médico responsável pela intervenção médica. Avaliar a capacidade para consentir não ocorrerá num "*evento*" em concreto, devendo resultar da relação terapêutica quotidiana entre médico e paciente.⁴⁸

Muitas vezes é perceptível que uma criança, por vivenciar em primeira mão uma situação de doença prolongada e as suas consequências, adquire e desenvolve uma maturidade superior ao que seria expectável na sua idade. Logo, parece fazer todo o sentido que se atribua, na devida proporção da sua maturidade, maior autonomia para consentir.

O processo de desenvolvimento de autonomia e independência do menor, deve ser acompanhado pelo exercício do poder paternal, sendo este progressivamente reduzido. Aos pais cabe equilibrar o poder-dever de proteger e velar pela saúde dos filhos e a necessidade, de acordo com a sua maturidade, de conceder-lhes autonomia, dando-lhes liberdade para exprimirem as suas opiniões e considerando as suas vontades nas decisões que tomarem.

⁴⁶ PEREIRA, André Dias, *O Consentimento...*, *ob. cit.* p. 155

⁴⁷ *Idem*, p. 155

⁴⁸ *Idem*. p. 167

Nas palavras de GUILHERME DE OLIVEIRA, "*à medida que os menores vão crescendo, a intervenção protetora dos pais vai-se tornando desnecessária e, portanto, os poderes dos pais vão-se restringindo ao estritamente necessário*"⁴⁹.

O estabelecimento de uma idade a partir da qual a criança se considera competente para consentir, constitui uma limitação ao seu direito à autodeterminação que não é contrária aos direitos fundamentais do menor. Consentir numa intervenção médico-cirúrgica exige ao menor capacidade para formular uma opinião e vontade esclarecida, sendo que, a ausência desta capacidade, legitima a restrição ao seu direito à autodeterminação⁵⁰.

O legislador português estabeleceu, aquando da reforma penal introduzida pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro de 2007, como idade limite para consentir os dezasseis anos, no artigo 38.º do Código Penal: "*O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta*".

No que concerne à capacidade para prestar consentimento, as disposições consagradas nas diversas versões do Código Penal foram-se alterando ao longo dos tempos. O Código Penal de 1952, ao contrário do Código Penal de 1982, não previa uma idade de referência para o consentimento do menor, estabelecendo que esta seria determinada "*em função da idade, do grau de cultura, etc*".

A atual normal do Código Penal alterou a idade limite do consentimento dos catorze para os dezasseis anos, alteração essa que o legislador justificou pela necessidade de uma tutela mais intensa dos menores, uma vez que não considera que um jovem de catorze e quinze anos esteja apto para consentir a ofensa de bens jurídicos, como a integridade física. Esta norma vai de encontro às orientações da União Europeia, em especial no que diz respeito a crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual dos menores, ainda que se distancie das soluções encontradas a nível de direito comparado que, privilegiando o desenvolvimento cognitivo do menor, lhe atribui maior autonomia.^{51 52}

⁴⁹ OLIVEIRA, Guilherme de, «O acesso dos menores aos cuidados de saúde», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, Ano 132, N.º3898, 1999, p. 16

⁵⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*, Almedina, p. 425

⁵¹ GONÇALVES, Maia, *ob. cit.* p. 181

⁵² AMORIM, Ana, «O consentimento informado de menores de idade na actividade pericial forense», *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Ano XXI, n.º23 (2012), p. 141, nota 19

Compreendemos os motivos invocados pelo legislador, contudo, concordamos com ANA AMORIM de que esta alteração constituiu um retrocesso nos direitos do menores, uma vez que contraria o amadurecimento cada vez mais precoce dos jovens, que se desenvolve em "função da época, do ambiente cultural, social e económico que os rodeia" ⁵³

O artigo 38.º do Código Penal contém os critérios de validade do consentimento para intervenções médico-cirúrgicas, previstas no artigo 156.º do CP. Considerando a realidade atual, em que os jovens demonstram, cada vez mais cedo, maior maturidade, fazer depender a validade do consentimento apenas de um critério inflexível como a idade, parece-nos desadequado, em especial por estarem em causa decisões relativas à saúde do sujeito, ao seu corpo e liberdade.

Porém, o legislador não considerou suficiente que o consentimento se tornasse eficaz quando ultrapassada a meta dos dezasseis anos. Conjugou o critério da idade com o conceito de "*discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance*". Por discernimento entende-se "*aptidão da pessoa para compreender a natureza, riscos e consequências de uma intervenção*"⁵⁴, ou seja, este critério diz respeito ao desenvolvimento cognitivo da criança ou jovem.

Este desenvolvimento, o discernimento necessário para compreender a intervenção cirúrgica na sua plenitude, em todas as suas vertentes negativas e positivas, não se adquire de um dia para o outro; não se alcança automaticamente esta aptidão ao completar dezasseis anos. É um processo de maturação longo, muito pessoal, que cada criança/jovem faz ao seu próprio ritmo, sendo determinado por diversos fatores, como as vivências pessoais e sociais.

No entendimento de ANDRÉ DIAS PEREIRA, cuja opinião partilhamos, o legislador português fixou os dezasseis anos como uma idade de referência, presumindo-se incapazes todos os que não tiverem atingindo esta idade. Não significa, contudo, que esteja descartada a possibilidade de, no caso concreto, se considerar o menor de dezasseis anos capaz, após avaliar a existência de discernimento necessário para consentimento. Relativamente aos jovens de dezasseis ou dezassete anos, exige-se a verificação

⁵³ AMORIM, Ana, «O Consentimento informado de menores: reflexões críticas sobre a lei atual», ob. cit. p.117 nota 27

⁵⁴ MATOS, Mafalda, ob. cit., p. 60

cumulativa de dois critérios: a idade e o discernimento necessário, existindo uma presunção legal da capacidade do menor após os dezasseis anos. Apesar da importância atribuída a ambos os critérios, será o discernimento do menor que terá um papel decisivo no reconhecimento da sua capacidade, tendo o médico o dever legal de proceder a uma avaliação da capacidade em cada caso concreto.⁵⁵

Não é esta uma posição partilhada por toda a doutrina. Autores como ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS⁵⁶, ROSA CÂNDIDO MARTINS⁵⁷ e MAFALDA FRANCISCO MATOS⁵⁸ consideram que só se procederá a uma avaliação da existência de discernimento quando já se verifique o cumprimento do primeiro requisito: a idade. Assim, só terão capacidade para consentir, desde com o discernimento necessário, os jovens entre os dezasseis e os dezoito anos, estando fora da alçada do artigo 38.º os menores de dezasseis anos. Ou seja, independentemente de possuírem capacidade de discernimento, não é reconhecida capacidade de consentimento aos menores com menos de dezasseis anos.

Como salientado por ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, é através do recurso à interpretação das leis que se retiram as normas que irão servir de "*critérios de qualificação e decisão de casos concretos*"⁵⁹. Na ausência de uma lei expressa, a conjugação de diversas normas, atendendo à sua *ratio* e a vários elementos de interpretação, permite-nos extrair uma norma.⁶⁰

Dito isto, como já referido anteriormente, existem diversas disposições legais que destacam a necessidade de conferir uma progressiva autonomia ao menor, dando-lhe espaço, na medida da sua maturidade e capacidade de discernimento, para fazer as suas próprias escolhas no que diz respeito à sua vida e ao seu corpo. O artigo 1878.º n.º2 do Código Civil é muito claro ao consagrar que a opinião dos filhos deve ser tida em conta, de acordo com a sua maturidade. Não podemos ignorar a Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina (art. 6.º, n.º2) e Convenção sobre os Direitos da Criança, cujo artigo 12 n.º1 passamos a citar:

⁵⁵ Para um maior desenvolvimento: PEREIRA, André Dias, *O consentimento...*, *ob. cit.* pág. 316-320

⁵⁶ SANTOS, André Teixeira dos, «Do consentimento dos menores para a realização de actos médicos terapêuticos», *Revista do Ministério Público*, Ano 30, N. 118 (2009), p. 147-148

⁵⁷ MARTINS, Rosa Cândido, *A criança, o adolescente...*, *ob. cit.*, p. 819-821

⁵⁸ MATOS, Mafalda Francisco, *ob. cit.*, p. 53

⁵⁹ Oliveira Ascensão, *apud*, SANTOS, André Teixeira dos, *ob. cit.*, p. 144

⁶⁰ SANTOS, André Teixeira dos, *ob. cit.*, p. 143-145

"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."

Ora, se adotarmos a posição de que o artigo 38.º CP se aplica apenas a jovens de dezasseis e dezassete anos, com capacidade de discernimento, estamos a negar a um menor, igualmente possuidor desta capacidade, a possibilidade de exercer o seu direito à autodeterminação, apenas e unicamente por este não cumprir o requisito dos dezasseis anos. Não nos parece que esta seja uma justificação plausível para restringir o direito à autodeterminação do menor e não entendemos que o superior interesse da criança esteja a ser defendido ao ser-lhe vedada a possibilidade de exercer direitos que, na prática, efetivamente possui capacidade para o fazer. Afinal, a capacidade de discernimento constitui um elemento essencial para prestar um consentimento informado, devendo ser este o critério primordial a levar em conta.

Assim, independentemente da idade, deve ser realizada uma avaliação personalizada das capacidades da criança, onde serão equacionados diversos fatores como a sua maturidade, autonomia, a intervenção médica nas suas diversas vertentes, como a sua gravidade e eventuais consequências, bem como a compreensão que o menor tem das mesmas.

3. Maioridades especiais

Como expressão da progressiva autonomia do menor e do respeito pelo desenvolvimento da personalidade, previsto no artigo 26.º da CRP, a ordem jurídica portuguesa consagrou algumas exceções à incapacidade geral dos menores prevista no artigo 123.º do Código Civil, atribuindo-lhes plena capacidade para praticar certos atos, sem a intervenção dos seus progenitores. GUILHERME DE OLIVEIRA designou-as por "*maioridades especiais*".

Apesar de a maioridade estar fixada nos dezoito anos, o menor pode emancipar-se, por casamento, a partir dos dezasseis anos (art. 132.º CC). A lei prevê, no artigo 247.º do Código Civil, capacidade ao maior de dezasseis anos para, a nível patrimonial, praticar atos

de gestão de menor importância, decorrentes da sua vida normal bem como lhe atribui autonomia e capacidade em diversos aspetos da sua vida. Referimo-nos, em concreto, à capacidade para perfilhar (art. 1850.º CC), à liberdade de escolha de religião (art. 1886.º C), ambas atribuídas ao menor com mais de 16 anos. Quanto ao menor de 14 anos, a lei impõe que este seja ouvido quando os pais estiverem em desacordo em questões de maior importância (art. 1901.º, n.º2 CC), assim como aquando da regulação do poder paternal (art. 175.º OTM). No caso de adoção de menores de 12 anos, esta tem que ser consentida pela criança (art. 1981.º n.º1, alínea a) CC) e os filhos do adotante, se maiores de 14 anos, têm igualmente que ser ouvidos (art. 1984.º, alínea a) CC).

No âmbito da saúde e dos cuidados médicos, é reconhecida capacidade ao menor para decidir autonomamente em especial a partir da adolescência, importando referir os campos mais relevantes.

Em primeiro lugar, a menoridade não prejudica a afirmação dos seus direitos fundamentais, nomeadamente o direito à privacidade e afirmação da sua autodeterminação sexual. Por sua vez, é assegurado o acesso a consultas de educação sexual e planeamento familiar no Serviço Nacional de Saúde sem qualquer restrição de idade, pela Lei n.º3/84, de 24 de Março e reforçado pela Portaria n.º 52/85, de 26 de Janeiro. Também a Resolução da Assembleia da República n.º51/98, de 2 de Novembro, a Resolução do Conselho de Ministros n.º124/98, de 21 de Outubro e a Lei n.º120/99, de 11 de Agosto procuraram garantir os direitos dos jovens à saúde reprodutiva, quer pela criação de consultas de ginecologia e obstetrícia destinadas a adolescentes, quer pelo acesso a consultas de planeamento familiar, ainda que fora da sua área de residência.

De acordo com ANA RITA ALFAIATE, aos 14 anos a proteção à liberdade sexual é tendencialmente absoluta, sendo o menor juridicamente competente para se autodeterminar⁶¹. Neste sentido devem receber toda a informação relativamente a meios de contraceção, podendo adquirir, sem qualquer restrição etária, contraceptivos de venda livre e inclusive ser-lhe facultada a pilula do dia seguinte, desde que o jovem possua capacidade de discernimento.

⁶¹ ALFAIATE, Ana Rita, *A relevância penal da sexualidade dos menores*, Dissertação de 2.º Ciclo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2009, p. 130-131

Não apresentando o menor maturidade ou se houver indícios de comportamentos desviantes, como por exemplo, prostituição, estamos perante uma situação de perigo, sendo necessário informar os pais e solicitar a intervenção de entidades públicas, como as CPCJ e, eventualmente, até mesmo do Ministério Público.⁶²

Relativamente à interrupção voluntária de gravidez, resulta do artigo 142.º do Código Penal, que a grávida maior de 16 anos será competente para decidir, tendo o consentimento de ser prestado por escrito, de preferência, três dias antes da data da intervenção.

O menor tem igualmente capacidade para consentir autonomamente nas intervenções médicas estandardizadas, isto é, aquelas das quais não resultam riscos graves e que não são possíveis adiar. Estão aqui em causa intervenções médicas previstas legalmente, como as abrangidas pelo plano de vacinação nacional, ou situações em que o estado clínico ou a dor do paciente exigem pequenas intervenções médicas, como administração de analgésicos, desinfeção de feridas, etc.

4. Direito à Recusa de Tratamento

Como já referido, a capacidade para consentir não implica necessariamente o poder de recusar um tratamento, especialmente quando se tratar de uma intervenção que possa salvar a vida ou evitar danos graves para a saúde do menor.

Perante a incapacidade do menor de prestar consentimento, será prestado pelos pais ou detentores da responsabilidade parental, cujas decisões devem ter como objetivo assegurar o superior interesse da criança, configurando-se como um limite intransponível ao poder decisório.

Por conseguinte, na eventualidade de os pais recusarem uma intervenção médico-cirúrgica ou pretenderem seguir um tratamento alternativo relativamente ao proposto pela equipa médica, esta pode considerar que tal decisão põe em causa a saúde do menor e recorre aos tribunais de forma a defender o superior interesse do menor.

⁶² Cf. Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo aprovada pela Lei n.º147/99 de 1 de setembro

De acordo com ÁLVARO DIAS⁶³, se estiver em causa uma intervenção imprescindível para salvar a vida, evitar danos irreversíveis ou evitar o sofrimento prolongado da criança, que os pais se recusem a autorizar sem razões que o justifiquem e não sendo possível obter em tempo útil uma decisão do tribunal, o médico pode e deve atuar, realizando a intervenção médico-cirúrgica, sem incorrer em responsabilidade criminal por falta de consentimento.

Sendo possível aguardar algum tempo por um decisão judicial, está previsto na Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Risco (art. 91.º e 92º da Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro) o recurso a um procedimento urgente na ausência de consentimento. Deve ser comunicado ao Ministério Público a existência de "*perigo atual ou iminente para a vida ou integridade física da criança ou do jovem*" e "*oposição dos detentores do poder paternal ou de quem tenha a guarda de facto*", que requererá ao Tribunal competente a adoção das medidas necessárias.

Em Portugal, em 2010, os pais de Safira Mateus recusaram o tratamento proposto pela equipa médica do Instituto Português de Oncologia de Lisboa, preferindo optar por um tratamento experimental na Alemanha. A menina na época com quatro anos, foi diagnosticada com um tumor de *Wilms*, um tipo de cancro renal. O diagnóstico inicial recomendava uma cirurgia imediata para remoção do tumor e foi esta a fonte das divergências entre os pais e a equipa médica. A remoção imediata do tumor, que os pais pretendiam, corresponde ao protocolo clínico americano. Na Europa é inicialmente administrada quimioterapia ao paciente, de forma a diminuir o tumor antes de proceder à sua extração.

Incapazes de chegar a um entendimento e sem que o IPO cedesse, a criança acabou por ser submetida a quatro sessões semanais de quimioterapia, findas as quais, se procedeu a uma intervenção cirúrgica que levou à extração do rim direito. Após a operação, a equipa médica prescreveu em virtude dos resultados das análises feitas ao tumor, mais vinte e sete sessões de quimioterapia. Os pais recusaram submeter a filha a mais tratamentos de quimioterapia e começaram a procurar alternativas que consideravam mais viáveis. Entretanto, ignorando a decisão do Tribunal de Menores que considerava a vida da menor em risco e que obrigava os pais a aceitar o tratamento recomendado pela equipa médica, estes, não aceitaram essa decisão e levaram a criança para a Alemanha, afim de ser

⁶³ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O consentimento... ob. cit.* pág. 324, nota 736.

submetida a um tratamento experimental, após o qual o tumor entrou em remissão, encontrando-se a criança, até ao momento, saudável.

Uma vez que abordamos a realização de tratamentos no estrangeiro, importa referir a Lei n.º 52/2014, de 25 de Agosto⁶⁴ que estabelece o acesso a cuidados de saúde transfronteiriços.

Em virtude de o Estado Português não conseguir garantir, através do Serviço Nacional de Saúde, os cuidados de saúde exigidos pelo estado de saúde do paciente, este pode recorrer a tratamentos com "*eficácia comprovada cientificamente, reconhecida pela melhor evidência internacional*" noutra Estado-Membro, tendo direito ao reembolso das despesas, nos termos do artigo 8.º da lei supra mencionada. O Estado cobrirá os custos dos tratamentos até ao limite que seria pago se este tivesse sido prestado em Portugal, tendo o remanescente que ser assegurado pelo doente, bem como as despesas de deslocação e alojamento. O direito ao reembolso está dependente de uma autorização prévia, consagrada no artigo 11.º, que será realizada por um médico de medicina geral e familiar. Esta será recusada nas situações previstas no artigo 14.º n.º3, nomeadamente quando se considerar que o risco de segurança a que o paciente será exposto não é aceitável ou quando for possível, em tempo útil, realizar o tratamento em Portugal.⁶⁵

Ainda na temática da prossecução de tratamentos no estrangeiro, temos o caso mais recente e bastante mediático na imprensa internacional, de *Ashya King*, um menino britânico de cinco anos com um tumor cerebral. Mais a vez a disputa surgiu porque os pais recusaram o tratamento proposto, considerando haver alternativas mais benéficas para a criança. Em concreto estava em causa o tipo de radioterapia a que o menor deveria ser submetido, em conjunto com a quimioterapia.

A radioterapia pode envolver efeitos secundários graves, como diminuição das capacidades intelectuais e cognitivas, efeitos no crescimento e desenvolvimento, alterações no funcionamento da tiroide e problemas de fertilidade. Tendo em conta os riscos envolvidos,

⁶⁴ Transpõe a Diretiva n.º 2011/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2011, e a Diretiva de Execução n.º 2012/52/UE da Comissão, de 20 de dezembro de 2012

⁶⁵ A este propósito ler: *Público* (2014), «*Lei sobre tratamentos de saúde no estrangeiro publicada sem desfazer dúvidas*», 25 de Agosto, disponível em <https://www.publico.pt/sociedade/noticia/lei-sobre-tratamentos-de-saude-do-estrangeiro-publicada-sem-desfazer-duvidas-1667566> acedida a 23 de janeiro de 2016

os pais do menor desejaram que fosse submetido a uma inovadora terapia com raios de prótons, que resulta numa dose menor de radioterapia, com menos danos e impactos no desenvolvimento cerebral. A terapia, contudo, não estava disponível no Reino Unido, obrigando que o paciente se deslocasse ao estrangeiro, mais concretamente a Praga.

Na impossibilidade de chegar a um entendimento entre a equipa médica e os pais quanto ao tratamento que melhor satisfazia os interesses do menor e, conseqüentemente, recusando-se aqueles a dar consentimento para a realização da terapia tradicional, o prazo recomendado para iniciar a radioterapia (preferencialmente entre quatro a seis semanas após a cirurgia) começava a esgotar-se. Determinados a garantir que o seu filho usufruísse daquele que consideravam o melhor tratamento possível, os pais retiraram Ashya do hospital, sem o conhecimento dos seus médicos, receando que uma ordem judicial os impedisse de continuar a manter o menor aos seus cuidados.

Por considerarem que se estava perante um caso de maus tratos e sequestro, as autoridades britânicas emitiram um mandado de detenção europeu, acabando os pais por serem detidos em Espanha e o menor internado num hospital em Málaga. Após prestarem em audiência informações detalhadas sobre a radioterapia de prótons e onde seria administrada, os pais foram libertados, as acusações retiradas e por fim, o Serviço Nacional de Saúde Britânico, o NHS, concordou que o menor viajasse para Praga a fim de ser submetido à radioterapia pretendida⁶⁶.

Ambos os casos demonstram que quando nas situações em que os pais discordam do tratamento proposto pela equipa médica e desejam prosseguir um alternativo, a solução não é pacífica. A Carta dos Direitos do Doente Internado consagra, no seu ponto 14, a liberdade individual do doente internado, estipulando que este pode abandonar o estabelecimento hospitalar, desde que informado sobre os riscos envolvidos e após assinar um termo de responsabilidade.

No que concerne ao menor, sendo incompetente para consentir, as decisões relativas à sua saúde são tomadas pelos pais, tendo como limite o superior interesse da criança que permite aos médicos atuar sem consentimento não admitindo a alta médica quando esta

⁶⁶ BRIDGEMAN, Jo, «Misunderstanding, threats, and fear, of the law in conflicts over children's healthcare: in the matter of Ashya King [2014] EWHC 2964», *Medical Law Review*, disponível em: <http://medlaw.oxfordjournals.org/content/early/2015/03/29/medlaw.fwv006> acedido a 15 de outubro de 2015

ponha em risco a saúde do menor. No entanto, nestes casos, não existe uma recusa categórica em autorizar a realização de um tratamento; existe sim, a preferência de um tratamento, geralmente não disponível no país, em detrimento de outro. Apesar do tratamento sugerido estar protocolado e ser prática aceite pela comunidade científica, a garantia de cura não existe, ou não é possível quantificar, não sendo por isso certo que esse seja mais benéfico do que o alternativo, sendo que por vezes, estes são menos invasivos.⁶⁷

A solução passa por uma análise caso a caso, ponderando o interesse da criança e garantindo que este é assegurado. O dever de esclarecer os pais deve ser cumprido, fornecendo-lhe todas as informações exigidas para um consentimento informado. No caso de Safira, os pais alegam que este dever nem sempre foi cumprido, uma vez que não foram informados pelos médicos de algumas consequências da quimioterapia, tendo-as obtido por iniciativa própria através da leitura de artigos científicos.

Nas palavras de MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA, então presidente do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, "*os pais não são donos dos filhos, mas os médicos também não são donos da verdade*". Se estamos perante pais devidamente informados que pretendem um tratamento dito alternativo, procurando garantir o melhor para o filho, a sua vontade deve ser respeitada. Aos médicos requer-se alguma abertura a tratamentos inovadores que, ainda que numa fase experimental, apresentam resultados promissores.

Situação diferente é a questão de os pais recusarem um tratamento, fundamentando a sua decisão em convicções religiosas, como é o caso da recusa das Testemunhas de Jeová em aceitar transfusões de sangue. Não nos parece legítimo que um pai possa priorizar as suas crenças pessoais, pondo em risco a vida do filho. Não havendo uma alternativa à transfusão de sangue e sendo esta essencial para salvaguardar a saúde do menor, deve o médico atuar. Este entendimento aplica-se não só às Testemunhas de Jeová mas a qualquer religião, devendo sempre prevalecer o interesse e a vida do menor.⁶⁸

A CNECV pronunciou-se neste sentido no Parecer n.º46 de Junho de 2005, considerando que a autonomia de paciente lhe confere o direito de recusar um tratamentos em virtude

⁶⁷ *Público* (2014), «Médicos ou pais... Quem tem a última palavra no tratamento de uma criança?», 9 de setembro disponível em www.publico.pt/sociedade/noticia/medicos-ou-pais-quem-tem-a-ultima-palavra-no-tratamento-de-uma-crianca-1669014 acedido a 19 de janeiro de 2016

⁶⁸ AMORIM, Ana, «O Consentimento informado de menores: reflexões críticas sobre a lei actual», *ob. cit.* p. 125

das suas convicções religiosas, contudo, esta recusa só deve ser atendida pelo médico quando é o próprio destinatário do tratamento a manifestá-la de modo expresso e livre. Se estiver em causa um menor de idade sem capacidade de discernimento, é aos seus representantes legais que cabe dar a autorização, porém, em caso de recusa, o profissional de saúde deve atuar, administrando os tratamentos adequados ao estado clínico do menor.⁶⁹

Quanto à recusa por parte de um menor, não é unânime entre a doutrina, que o menor, competente para consentir um tratamento, tenha de igual modo competência para o recusar.

ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS afirma que *"o consentimento e a recusa não são duas faces da mesma moeda"*⁷⁰, independentemente da maturidade do menor, este não tem capacidade para recusar uma intervenção que, à partida, é necessária para assegurar a sua saúde ou até mesmo vida. Não é possível concluir, com segurança, através das normas que garantem a capacidade do menor com capacidade de discernimento, que esta capacidade inclua a recusa de tratamento, pelo que prevalecerá a incapacidade.

Em sentido divergente, ANDRÉ DIAS PEREIRA defende que se o menor possui discernimento suficiente para compreender a intervenção e as implicações do seu consentimento, terá igualmente discernimento para compreender as consequências da sua recusa, tornando-o competente para consentir e dissentir.⁷¹

Não nos parece viável criar uma situação de *"dois pesos e duas medidas"* quanto à capacidade para consentir do jovem. Não podemos considerar num dado momento, o menor com maturidade para consentir, respeitando o seu direito à autodeterminação para, noutra altura, fazer tábua rasa da sua vontade, invocando incapacidade para recusar um tratamento. Nas palavras de MAFALDA FRANCISCO MATOS *"não nos parece razoável não permitir que o menor que demonstra toda a sua capacidade não pudesse, encontrando-se, por exemplo, a padecer de um sofrimento profundo, recusar ou fazer cessar o tratamento que se encontra a ser-lhe administrado"*.⁷²

⁶⁹ Conselho Nacional da Ética para as Ciências da Vida, *Parecer sobre a objecção ao uso de sangue e derivados para fins terapêuticos por motivos religiosos*, Parecer 46/CNECV/05, Lisboa, junho de 2005, disponível em: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273054487_P046_ParecerTestemunhasJeova.pdf acedido a 23 de janeiro de 2016

⁷⁰ SANTOS, André Teixeira dos, *ob. cit.* p. 153

⁷¹ PEREIRA, André Dias, *O consentimento...*, *ob.cit.* p.320-321

⁷² MATOS, Mafalda Francisco, *ob. cit.* p. 125

5. Colheita e Transplante de Órgãos e Tecidos

A colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana exige o consentimento informado, tanto do dador como do recetor, conforme o artigo 8.º da Lei n.º 22/2007 de 29 de Junho. Estes devem estar na posse de todas as informações necessárias para prestar o consentimento de "*forma livre, informada e expressa, por escrito ou perante um organismo oficial*".

Ao contrário do que é a regra no consentimento informado, o regime da colheita e transplante de órgãos prevê que este seja prestado por escrito. Além disso, a dádiva deve ser voluntária e altruísta, não estando a concordância do dador sujeita a qualquer pressão ou influência na formulação da sua vontade.

No que aos menores diz respeito, de acordo com o artigo 6.º n.º4 da Lei 22/2007, "*são sempre proibidas a dádiva e a colheita de órgãos ou de tecidos não regeneráveis quando envolvam menores ou outros incapazes*". No seu n.º 5 a lei prevê expressamente os requisitos cumulativos que se admitem para a doação de menores: a impossibilidade de encontrar um dador compatível, quando se tratar da doação a um irmão do dador, com o intuito de salvar a vida. No mesmo sentido dispõe a norma do artigo 20.º da Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina.

Segundo Parecer do CNECV, "*a colheita de órgãos e tecidos regeneráveis em pessoas que careçam de capacidade para consentir nessa colheita tem de ser entendida como excepcional*".⁷³ Só devem, assim, os menores sem capacidade serem dadores de substâncias regeneráveis como o sangue e a medula óssea, em situações de urgência e na impossibilidade de encontrar um dador compatível com capacidade de consentimento. O legislador deve considerar a vulnerabilidade do menor, que o torna um alvo fácil a potenciais coações que possam pôr em causa o superior interesse deste. Segundo o CNECV, "*não são eticamente admissíveis procedimentos que possam violar, de modo*

⁷³ Conselho Nacional da Ética para as Ciências da Vida, *Documento Relativo à Colheita e Transplante de Tecidos e Órgãos de Origem Humana*, Parecer 50/CNECV/06, Lisboa, 24 de fevereiro de 2006, p.12 disponível em http://www.cnecv.gov.pt/NR/rdonlyres/868B3E3B-3FE2-42FC-9322-4F624843D30D/0/P050_ParecerTransplantes.pdf acedido a 23 de janeiro de 2016

*grave, a integridade física de alguém, mesmo que tal possa vir a beneficiar a vida de terceiros e haja consentimento livre, isento de coação, para doação".*⁷⁴

O artigo 8.º da supra referenciada Lei estipula que, sendo o menor incapaz para o consentimento, este deve ser prestado pelos pais ou, pelo tribunal, quando estes se encontrem inibidos de exercer o poder parental. O legislador ressalva, contudo, a exigência de que o menor concorde com a dádiva, caso este possua "*capacidade de entendimento e de manifestação de vontade*". ANDRÉ DIAS PEREIRA defende que a linguagem utilizada nesta norma traduz a necessidade de um co-consentimento, considerando que o legislador quis diferenciar propositadamente a capacidade de discernimento da "*capacidade de entendimento e manifestação de vontade*". Tal pode apenas significar que o menor, ainda que, sem capacidade para consentir, é no entanto capaz de entender e expressar a sua vontade, carecendo a realização do transplante da sua concordância.

A lei não contempla a situação inversa, isto é, a possibilidade de o menor consentir a doação e os pais não, parecendo-nos que, neste caso, prevalecerá a vontade destes. PAULA MARTINHO DA SILVA defende a previsão legal de um mecanismo, em que um terceiro imparcial como o Tribunal "*que avalie a expressão de consentimento parental.*"⁷⁵

6. Ensaios Clínicos

A Lei n.º 21/2014, de 16 de abril, alterada pela Lei n.º 73/2015 de 27 de julho regula a investigação clínica, definindo no artigo 2.º alínea I), ensaio clínico como

"qualquer investigação conduzida no ser humano, destinada a descobrir ou verificar os efeitos clínicos, farmacológicos ou outros efeitos farmacodinâmicos de um ou mais medicamentos experimentais, ou identificar os efeitos indesejáveis de um ou mais medicamentos experimentais, ou analisar a absorção, a distribuição, o metabolismo e a eliminação de um ou mais medicamentos experimentais, a fim de apurar a respetiva segurança ou eficácia".

⁷⁴ *Idem*, p. 10

⁷⁵ SILVA, Paula Martinho da, *apud* FERREIRA, Ana Luísa, *Aspetos legais da colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana, Dissertação de 2.º Ciclo de Estudos em Direito*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013p. 69

Relativamente à participação dos menores em ensaios clínicos, artigo 7.º n.º1 da Lei supra referenciada estabelece diferentes condições cumulativas. Exige-se, assim, que a obtenção do consentimento do menor com idade ou superior a dezasseis anos ou do seu representante legal, sendo que, no caso de menores abaixo dos dezasseis anos, o consentimento prestado pelos pais deve refletir a sua vontade. Devem ser prestadas ao menor, de acordo com a sua capacidade de compreensão, todas as informações relativas ao estudo clínico, devendo a sua vontade expressa de sair ou não participar do estudo clínico ser respeitada pelo investigador.

A 30 de Novembro de 2015, a Comissão Ética para a Investigação Clínica publicou um documento orientador sobre consentimento informado para a participação em ensaios clínicos em pediatria.⁷⁶ No entendimento da CEIC, o menor adquire, de forma progressiva, a autonomia que lhe confere capacidade para assumir a responsabilidade pelas suas próprias decisões. Assim, a partir de uma determinada idade, requer-se uma avaliação concreta da maturidade do menor que se expressará na manifestação da sua vontade, elemento fundamental na decisão dos seus representantes legais.

Segundo recomendações da CEIC, em idade pré-escolar, isto é, antes dos cinco anos, o consentimento para a participação em estudos clínicos cabe inteiramente aos pais. Dos cinco anos aos quinze anos, inclusive, juntamente com a autorização escrita dos pais, o menor, mediante a sua maturidade, deve *assentir* também por escrito a sua participação. A recusa da criança tem, de acordo com a sua maturidade, carácter vinculativo. A partir dos dezasseis anos, prevê-se um co-consentimento, uma vez que se exigirá, simultaneamente, o consentimento do menor e dos seus representantes legais.⁷⁷

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina consagra, no artigo 17.º as restritas condições em que se admite a participação de uma pessoa sem capacidade para consentir, prevendo, no n.º1 alínea v) deste artigo que o ensaio clínico só poderá ocorrer se não existir oposição do participante. Confere-se assim aos menores um direito de veto.

⁷⁶ Comissão Ética para a Investigação Clínica, *Documento Orientador sobre Consentimento Informado para a participação em ensaios clínicos em pediatria*, 30/11/2015, disponível em http://www.ceic.pt/portal/page/portal/CEIC/Documentos/DOCUMENTOS_CEIC/DOCUMENTOS_APROVADOS/CI%20para%20EC%20em%20PED.pdf - acedido a 23 de janeiro de 2016

⁷⁷ A este respeito, ler ainda: *Diário de Notícias* (2016), «Crianças vão ter que autorizar participação em ensaios clínicos», 17 de Janeiro, disponível em: <http://www.dn.pt/portugal/interior/criancas-vaio-ter-de-autorizar-ensaios-com-medicamentos-4984061.html> acedido a 23 de Janeiro de 2016

IV. BREVE OLHAR SOBRE O DIREITO COMPARADO

No país vizinho, **Espanha**, o consentimento informado está regulado pela Lei 41/2002, de 14 de novembro, não sendo apenas um direito fundamental do paciente, mas também um exigência legal e deontológica para o médico. O código de Ética e Deontologia Médica da Organização Colegial Espanhola consagra, no artigo 8.º, que o médico não pode impor ao paciente as suas convicções pessoais, devendo respeitar as do paciente.

Em regra, o consentimento é verbal, exigindo-se a forma escrita nas situações previstas pelo artigo 8.2 (Lei 41/2002): intervenções cirúrgicas, procedimentos invasores e, em geral, procedimentos que pressupõem riscos ou inconvenientes com repercussão negativa na saúde do paciente.⁷⁸

No que concerne ao consentimento de menores, está consagrado no artigo 9.º, n.º3 da referida Lei, que será aos progenitores ou representantes legais, na ausência de capacidade de discernimento do menor, que caberá consentir a intervenção médica; contudo, ainda que sem capacidade para consentir, a partir dos doze anos a criança deve ser ouvida e a sua opinião tida em conta. Aos maiores de dezasseis anos reconhece-se capacidade para consentir.⁷⁹

Parte da doutrina defende que do artigo 9.º, resulta que o legislador considera que a capacidade do menor de entender intelectual e emocionalmente o alcance da intervenção é um critério decisivo para reconhecer à criança capacidade para prestar consentimento. Assim, depreende-se que os menores de dezasseis anos serão, igualmente, competentes para consentir de acordo com a sua maturidade e desenvolvimento cognitivo. Esta

⁷⁸ Ley 14/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, art.º 8.2 : "El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente".

⁷⁹ Ley 14/2002, art.º 9: «Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos.

Quando se trate de menores no incapazes ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.»

interpretação está em consonância com o artigo 162.º n.º 1 do Código Civil, que consagra a legitimidade da autorização médica feita por menor com maturidade suficiente para compreender o ato médico⁸⁰.

Adota-se assim, uma posição que confere uma progressiva autonomia ao menor, uma vez que é considerada não apenas a sua idade, mas também a sua maturidade. Efetivamente, artigo 154.º do Código Civil Espanhol estipula que os filhos, com discernimento suficiente, deverão sempre ser ouvidos nas decisões que os afetem.⁸¹

Da mesma forma se procedeu na **Holanda**⁸², a lei de 17 de Novembro de 1994, relativa ao contrato de prestação de serviços médicos, estabeleceu uma maioria antecipada para este tipo de contratos, conferindo ao menor com mais de 16 anos capacidade para consentir autonomamente a realização de intervenções ou tratamentos médicos.

Estabelecem-se três faixas etárias no que diz respeito ao consentimento. Até aos doze anos, o menor é considerado incapaz, por não conseguirem ajuizar o que é melhor para si e prestar um consentimento informado, sendo este papel assumido pelos seus representantes legais.

Entre os doze e os quinze anos, é exigida uma dupla autorização: a autorização dos pais e o consentimento do menor, sendo atribuído um peso diferente a cada um. Não poderá ser realizada uma intervenção que o menor não tenha autorizado, no entanto, pode realizar-se uma intervenção não autorizada pelos pais, desde que o menor o tenha consentido e esteja em causa um tratamento essencial para evitar perigo grave para a vida ou saúde. Ressalva-se que, ainda que o maior de doze anos seja considerado incapaz para decidir, só será submetido a uma intervenção sem o seu consentimento se esta se revelar indispensável para a defesa da vida e saúde do menor.

Exige-se assim, uma avaliação casuística por parte do médico da capacidade de discernimento do menor.

⁸⁰ ALVENTOSA, Josefina, *Consentimiento informado del menor en el ámbito de la sanidad y la biomedicina en españa*, in *Revista Boliviana de Derecho*, julho 2015 p. 275

⁸¹ MARTINS, Rosa Cândido, «Poder Paternal vs Autonomia da Criança e do Adolescente?», *Lex Familiae, Revista Portuguesa do Direito da Família*, Ano 1, n.º1 (2004) p. 71

⁸² MARTINS, Rosa Cândido, *A criança, o adolescente...*, *ob. cit.* p.818 nota 88

Na **Bélgica**, cabe aos pais autorizar as intervenções médicas se o menor não tiver capacidade para consentir, sendo este envolvido no processo de acordo com a sua idade e maturidade. Esta é avaliada caso a caso, e se o menor for capaz de compreender o seu quadro clínico e a intervenção proposta, poderá consentir autonomamente, independentemente da sua idade.

A Bélgica tornou-se, em 2014, o primeiro país do mundo a permitir a eutanásia sem restrições de idade. Quando o menor, com capacidade de discernimento comprovada por um especialista, assim o desejar e tiver o apoio dos pais, pode recorrer à eutanásia, desde que a criança esteja em estado terminal e em grande sofrimento⁸³.

Já na **França**, é aos pais - ou titular do poder paternal - a quem compete exercer os direitos do menor enquanto paciente, no entanto, o menor deve ser igualmente informado e, de acordo com a sua maturidade, ser chamado a participar no processo de tomada de decisão, conforme o artigo 371.º, n.º1 do Código Civil.

Na **Alemanha**, a partir dos catorze anos o menor com capacidade de discernimento pode decidir autonomamente se quer consentir ou não uma determinada intervenção, devendo os pais, se tal não puser em causa o dever de confidencialidade, serem consultados; para os menores de catorze anos, o consentimento é prestado pelos seus progenitores ou representantes legais.

Na **Inglaterra**, os menores são considerados competentes a partir dos dezasseis anos. Quanto aos menores com idade inferior a dezasseis anos, a sua competência para consentir é determinada através da *competência Gillick*, segundo a qual, considera-se competente e autónoma uma criança que, além de ter capacidade de discernimento, é capaz de alcançar uma compreensão em pleno do tratamento que lhe for proposto, bem como das suas consequências, efeitos secundários, riscos e eventuais resultados deste.⁸⁴

⁸³ A este respeito, ler: *TSF* (2014) «Bélgica legaliza eutanásia para menores», 13 de Fevereiro <http://www.tsf.pt/internacional/europa/interior/belgica-legaliza-eutanasia-para-criancas-3685164.html> acedido a 17 de janeiro de 2016

⁸⁴ A este propósito, relewa aqui uma referência ao caso *Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, de 1986, causador de polémica no Reino Unido. No centro do litígio estava uma circular, emitida pelo *Department of Health and Social Security*, que autorizava a prescrição de contraceptivos a menores de idade sem a autorização e/ou conhecimento dos pais. Seria ao profissional de saúde a quem caberia decidir sobre a capacidade do menor para consentir. A Sr^a Gillick, mãe de 5 adolescentes, intentou uma ação em Tribunal por considerar que, para além de um menor de dezasseis anos não ter capacidade para consentir,

V. CASOS ESPECIAIS

1. As Crianças Intersexuais

A intersexualidade consiste na ambiguidade de certas características biológicas de uma pessoa, que não permitem a classificação de masculinas ou femininas. Podem estar aqui em causa características cromossomáticas, hormonais e/ou anatómicas cuja atipicidade é geralmente detetada no momento do nascimento, mas também o pode ser na puberdade ou até na idade adulta.

Na sociedade atual configura-se como essencial a necessidade de uma identidade legal, onde apenas estão previstas as classificações masculino e feminino. Esta classificação é determinante para documentos legais relativos à identidade da pessoa, como o registo de nascimento, o que traz uma série de consequências legais para aqueles que nasceram com um corpo que, devido às suas características, não se enquadram no padrão dito normal.

Ao longo dos tempos, a Medicina, acreditando estar a minorar ou até prevenir, os problemas das crianças intersexuais, instituiu como prática corrente, o recurso a intervenções cirúrgicas de normalização do sexo em tenra idade. Era garantido aos profissionais de saúde um controlo quase total relativamente às decisões médicas, com o propósito de servir aquele que acreditam ser o superior interesse da criança. Aos pais era fornecida pouca informação sobre a condição dos seus filhos, num cumprimento precário do dever de esclarecimento. Não raras vezes, eram incentivados a ocultar informações aos filhos, como forma de prevenir danos psicológicos.

Nos últimos dez anos, as críticas a este modelo de atuação têm vindo a aumentar, sem contudo, ter sido alcançado um consenso quanto à metodologia que deve ser seguida.

estavam ainda a ser postos em causa os seus direitos parentais. A *House of Lords* julgou a ação improcedente: no entendimento dos *Lords*, se uma criança tem discernimento para compreender totalmente o tratamento proposto, então será competente para o consentir. Após esta decisão, foi estabelecido um teste para aferir o discernimento da criança para compreender a intervenção médica proposta. Cfr. MATOS, Mafalda, ob. cit., pág. 79 e seguintes e ABREU, Catarina, *As regras de obtenção do consentimento para intervenções médicas em menores, O significado da gillick competence e a possível adopção da figura em Portugal*, Dissertação de 2.º Ciclo, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2012

A redefinição de género começou na década de 50, tendo sido a prática médica influenciada pelo trabalho do Dr. John Money. Segundo este especialista, as crianças nascem sem uma identidade de género, sendo esta uma construção social. Tal significaria que, após uma cirurgia de normalização de sexo e com a administração das hormonas adequadas, a criança identificar-se-ia com o género que lhe tinha sido designado e com o qual tinha sido educada. Cresceria em harmonia com o seu corpo, desconhecendo a existência prévia de ambiguidades a nível anatómico que a caracterizavam como intersexual.

Desde a década de 90, esta teoria e a realização de cirurgias em crianças intersexuais foram fortemente criticadas, tendo estudos sobre a formação da identidade de género revelado que esta não é completamente maleável, sendo influenciada por fatores genéticos. Ao longo dos anos as crianças têm sido submetidas a cirurgias precoces de normalização de género, muitas vezes irreversíveis e com consequências como, perda da capacidade reprodutiva, diminuição ou perda de sensibilidade, dores ou desconforto, cicatrizes, incontinência urinária e deformações a nível estético. Além disso, a nível psicológico, o protocolo tradicional reforça nos intersexuais os sentimentos de vergonha e estigma social.

Especialistas têm, assim, vindo a defender que todas as cirurgias em crianças sem sexo definido sejam adiadas até que este seja competente para consentir, a menos que sejam imprescindíveis para a saúde do menor. Como afirmado por diversos órgãos da União Europeia, muitas vezes as crianças intersexuais são submetidas a cirurgias nos seus órgãos genitais e reprodutores sem o consentimento informado do menor ou dos seus representantes legais. Na sua maioria, os pais autorizam a realização da cirurgia sem estarem devidamente esclarecidos e sem o devido apoio de profissionais e especialistas, não prestando um consentimento livre e informado. O seu julgamento é influenciado pela pressão social de ter um filho que se enquadre no padrão dito "normal" e pelos sentimentos de culpa e vergonha.

Tratando-se de cirurgias com consequências para toda a vida devem, desde que não se comprometa a saúde do menor, ser adiadas até que as crianças atinjam a idade e maturidade necessárias para serem informadas e envolvidas no processo de decisão, expressando a sua vontade quanto à decisão de se submeterem, ou não, a uma cirurgia

genital. O adiamento permitirá, muitas vezes, que a identidade de género se defina, permitindo que a cirurgia de normalização de sexo esteja em consonância com aquela.⁸⁵

Foi neste sentido que a *National Advisory Commission on Biomedical Ethics* da Suíça, em Novembro de 2012, elencou uma série de recomendações relativas à intersexualidade, entre elas, que qualquer decisão de administrar fármacos, tratamentos hormonais ou realizar cirurgias, devem ser tomados conjuntamente, pela equipa médica, pelos pais e, na medida do possível, pela criança intersexual, cabendo a esta decidir autonomamente quando adquira capacidade de consentimento⁸⁶.

Efetivamente, em Malta, só em casos muito excepcionais e urgentes é permitido proceder a intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos para alterar o sexo do menor sem o consentimento deste⁸⁷. Na Suécia, ainda que segundo as recomendações do *National Board of Health and Welfare* não se devam realizar estas intervenções entre os dois e os doze anos de idade, a realidade é muito diferente, com cirurgias de redesignação sexual a ocorrerem, na maior parte dos casos, ainda antes dos seis meses.

O Comissário dos Direitos Humanos do Conselho da Europa, NILS MUIŽNIEKS, publicou um relatório intitulado "*Human Rights and Intersex People*"⁸⁸ em que reiterou a importância de não proceder a tratamentos médicos não urgentes em crianças intersexuais sem consentimento informado destas. Abordou ainda a problemática dos certificados de nascimento e outros documentos oficiais dos intersexuais.⁸⁹

⁸⁵ *Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization, An interagency statement OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF and WHO*, World Health Organization 2014, p. 13, disponível em http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/201405_sterilization_en.pdf acessado a 8 de janeiro de 2016

⁸⁶ SWITZERLAND, Swiss National Advisory Commission on Biomedical Ethics, *On the management of differences of sex development. Ethical issues relating to 'intersexuality'*, Novembro 2012, p. 18, disponível em http://www.nek-cne.ch/fileadmin/nek-cne-dateien/Themen/Stellungnahmen/en/NEK_Intersexualitaet_En.pdf - acessado a 23 de janeiro de 2016

⁸⁷ MALTA (2015), ACT No. XI of 2015, *Act for the recognition and registration of the gender of a person and to regulate the effects of such a change, as well as the recognition and protection of the sex characteristics of a person*, abril 2015, disponível em: http://tgeu.org/wp-content/uploads/2015/04/Malta_GIGESC_trans_law_2015.pdf acessado a 8 de janeiro de 2016

⁸⁸ Council of Europe: Commissioner for Human Rights, *Human rights and intersex people*, 12 maio 2015, CommDH/IssuePaper(2015) , disponível em: <http://www.refworld.org/docid/55afaf0a4.html>- acessado pela última vez a 8 de janeiro 2016

⁸⁹ *Observador* (2015), «Portugal terá um terceiro género no bilhete de identidade?», 11 de maio, <http://observador.pt/2015/05/11/portugal-tera-um-terceiro-genero-no-bilhete-identidade> acessado a última vez a 19 de janeiro de 2016

Mais do que o consentimento informado dos menores, estão em causa outros direitos dos intersexuais, como o respeito pela dignidade do ser humano, o direito à integridade e o direito à não discriminação, previstos no artigo 1.º, 3.º e 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. A emissão do certificado de nascimento depende da classificação masculino/feminino, o que obriga os pais a uma escolha precoce quanto à realização de cirurgia nos seus filhos, sob pena de estes terem os seus direitos restringidos. Foi neste sentido que o Comissário dos Direitos Humanos, apelou aos Estados para que estes adotem medidas mais flexíveis, possibilitando a não submissão ao género masculino/feminino e a sua posterior alteração.

Será esta a problemática que abordaremos de seguida.

A legislação da maior parte dos Estados-Membros da União Europeia exige, aquando do registo de nascimento, a classificação do género como masculino ou feminino. Os pais do recém-nascido intersexual são confrontados com a difícil decisão de terem que escolher entre as duas opções, muitas vezes sem estarem devidamente aconselhados e apoiados por especialistas.

A exigência legal de registar uma criança sob a classificação binária masculino/feminino pressiona os pais a submeterem a criança a tratamentos com a maior celeridade possível, de modo a que esta se possa enquadrar no "padrão" e nas expectativas da sociedade. Esta decisão, muitas vezes, tem consequências negativas para a criança à medida que ela vai crescendo, quer por não se identificar com o género "escolhido", quer por problemas como esterilização.

Atualmente, dezoito Estados-Membros permitem que o registo da criança seja adiado, dando mais tempo, aos profissionais de saúde, para determinarem o sexo predominante da criança.

Na Holanda, é permitida a emissão de um certificado em que conste a impossibilidade de determinar o sexo; no prazo de 3 meses, um novo certificado será emitido, quer com o sexo entretanto já determinado ou mantendo a impossibilidade de definir o sexo da criança. Neste último caso, assim que o intersexual esteja certo quanto à sua identidade de género, poderá alterar o seu registo de nascimento (Artigo 1:24 do Código Civil).

Na Finlândia, no momento do registo de nascimento é atribuída a cada pessoa um código de identificação pessoal, requerido por autoridades públicas, bancos e empregadores, entre outros. Este é gerado a partir dos dados relativos à data de nascimento e género, sendo que na ausência de uma classificação de género, a criança obtém um código incompleto, que lhe restringe determinados direitos, como abrir uma conta bancária, o pagamento de salários, etc.

Em Portugal, o artigo 103.º do Código de Registo Civil consagra que o nome da criança não deve suscitar dúvidas sobre o sexo da criança. Contudo, segundo informações do Instituto Português de Notariado, no caso de uma criança intersexual, os pais são aconselhados a registar o menor com um nome facilmente adaptável a ambos os sexos, podendo o certificado de nascimento ser corrigido logo que haja alguma precisão quanto ao sexo da criança.⁹⁰

Na Alemanha, desde 1 de Novembro de 2013, é possível registar os recém-nascidos sem uma classificação de género, podendo esta informação ser incluída a qualquer momento.⁹¹

Na eventualidade de o certificado de nascimento ser emitido com a informação de género errado, em alguns Estados-Membros como a Dinamarca, França e Holanda, podem os intersexuais requerer uma alteração, sem que lhes seja exigido os requerimentos a que os transsexuais estão geralmente sujeitos (diagnóstico de transtorno de identidade de género, tratamento hormonal, ordem judicial, etc).

2. Vacinar ou não vacinar?

O Plano Nacional de Vacinação foi criado a 4 de Outubro de 1965 pela Direção Geral de Saúde e, hoje, Portugal é dos países com maior taxa de vacinação do mundo.

⁹⁰ European Union: European Agency for Fundamental Rights, *The fundamental rights situation of intersex people*, maio 2015, FRA Focus 04/2015 disponível em <http://fra.europa.eu/en/publication/2015/fundamental-rights-situation-intersex-people> acedido a 19 de janeiro de 2016

⁹¹ *Público* (2013), «Alemanha permite registo de bebés sem definição de sexo», disponível em <http://www.publico.pt/mundo/jornal/alemanha-admite-terceira-opcao-no-registo-do-sexo-dos-recemnacidos-26978360>, 20 de agosto acedido a 19 de janeiro de 2016

Contudo, nos últimos anos, têm um pouco por todo mundo surgido movimentos antivacinação alegando, entre outros argumentos, a erradicação de grande partes das doenças contempladas e eventuais consequências negativas da vacinação. Tem, assim, crescido o número de pais que opta pela não vacinação dos seus filhos.

Sendo verdade que algumas doenças parecem estar erradicadas, na verdade têm-se verificado, em alguns países do mundo, o surgimento de surtos que resultaram na morte de crianças. Um pouco por toda a Europa têm ressurgido um número alarmante de casos de sarampo, que se pensava controlado, levando a Direção-Geral de Saúde a emitir um comunicado⁹², em 27 de Fevereiro de 2015, alertando para o perigo de contágio aquando de viagens para o estrangeiro e recomendando a vacinação, a quem ainda não o tenha feito.

O cumprimento do Plano Nacional de Vacinação, ainda que recomendado, não é obrigatório (com exceção das vacinas antitetânica e antidiftérica⁹³), podendo os pais optar por não vacinar os filhos. Esta decisão contraria o dever dos pais de velar pela saúde dos filhos, o que inclui a adoção de medidas preventivas e esta, sendo uma decisão individual, pode pôr em causa a saúde pública. Está constitucionalmente previsto, no artigo 64.º o "*direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover*".⁹⁴

Ainda que seja conferido aos pais o direito de recusar que seja administrada aos seus filhos uma determinada intervenção médica (nomeadamente a vacinação), estes devem ter presente que as suas decisões podem ter consequências negativas na saúde dos menores; sendo que o interesse destes deve prevalecer sobre a vontade dos pais, cabe aos médicos a tarefa de os informar, sensibilizar e tentar demover da sua decisão procurando mostrar-lhes os riscos a que o menor poderá estar sujeito. Considerando os surtos que ocorrem um pouco por todo mundo, o perigo de contágio aumenta com o fenómeno da globalização e circulação de pessoas. Por esta razão torna-se imprescindível que o Estado adote medidas preventivas, tornando obrigatórias algumas vacinas contra doenças contagiosas, à semelhança do que está a acontecer noutros países do mundo, nomeadamente, em França. O Tribunal Constitucional Francês considerou que a recusa dos pais em administrar as

⁹² Direção-Geral de Saúde, Comunicado n.ºC091_01_v1 «Risco de sarampo em viagens internacionais», de 27 de fevereiro de 2015, disponível em: <https://www.dgs.pt/a-direccao-geral-da-saude/comunicados-e-despachos-do-director-geral/risco-de-sarampo-em-viagens-internacionais.aspx> acedido a 26 de janeiro de 2016

⁹³ Decreto-Lei n.º44198, de 20 de fevereiro de 1962

⁹⁴ CANOTILHO, Gomes, *ob. cit.* p. 826

vacinas obrigatórias contra a difteria, tétano e poliomielite nos seus filhos menores constitui subtração às suas responsabilidades parentais e compromete a saúde e segurança destes.⁹⁵

⁹⁵ Decisão n.º2015-458 QPC de 20 de março de 2015 disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2015/2015-458-qpc/communique-de-presse.143459.html> acedido a 26 de janeiro de 2016

VI. CONCLUSÃO

Este trabalho não pode ficar concluído sem a apresentação das ideias principais, fruto do estudo e reflexão cuidadosos, certos que muito ainda há a fazer em especial quanto à evolução de mentalidades e hábitos enraizados, que "*não se mudam por decreto*", apesar de considerarmos que o legislador *trilha* o caminho, cabendo ao Homem por ele *enveredar*.

Nos dias de hoje constata-se nas crianças um grande desenvolvimento a nível cognitivo, que se traduz numa maior maturidade e sentido crítico; esta maturidade é notória, principalmente em crianças que sejam confrontadas com situação difíceis, e que sejam postas à prova no que concerne à capacidade de as enfrentar. Demonstram, perante situações de vida ou de morte, passíveis de desestabilizar qualquer adulto, uma enorme sabedoria, coragem e até tranquilidade que são capazes de transmitir aos pais.

Tendo isto em conta, parece-nos desfasado da realidade o regime do consentimento previsto no Código Penal, no artigo 38.º, n.º3. Como pudemos verificar ao longo deste trabalho, o significado e alcance desta norma não é claro. Resulta da lei que a eficácia do consentimento depende da satisfação de dois requisitos cumulativos: a idade e a capacidade de discernimento.

Terá pretendido o legislador conferir a ambos os critérios o mesmo peso e a mesma importância? Será razoável assumir, que o legislador pretendeu consagrar uma solução tão inflexível, ao ponto de não permitir a atribuição de autonomia e capacidade de consentimento a um jovem a poucos meses de completar dezasseis anos, apesar deste possuir efetivamente capacidade de discernimento? Defenderá o legislador que antes dos dezasseis anos nenhum jovem tem capacidade de discernimento, logo, capacidade para consentir?

Não concordamos que o legislador tenha pretendido excluir a avaliação da capacidade de discernimento de um menor abaixo dos dezasseis anos, vedando-lhe automaticamente o exercício de um direito por não ter alcançado, ainda, a idade fixada por lei. Os dezasseis anos devem surgir, não como critério eliminatório da capacidade de consentimento, mas como idade de referência, servindo de orientação ao médico. Concordando com André Dias Pereira, consideramos que abaixo da faixa etária estabelecida por lei, os menores se

presumem incapazes, o que não invalida que, em cada caso concreto e perante um menor com capacidade de discernimento, este seja considerado competente para consentir. A maturidade do menor, o seu desenvolvimento cognitivo, enfim, a sua capacidade de discernimento, deve sempre assumir, mais do que qualquer outro critério, um papel preponderante na determinação da sua capacidade. Não nos parece razoável privar o menor de exercer um direito, quando este tenha uma efetiva capacidade para o fazer, ainda mais quando em causa estão decisões que poderão revelar-se vitais para a saúde e vida do menor.

É nos difícil aceitar que o legislador não considere a possibilidade de existirem jovens com menos de dezasseis anos com capacidade de discernimento. A maturidade não se adquire de um dia para o outro, é um processo dinâmico, variável e dependente das vivências pessoais e sociais, logo consideramos legítimo a existência de menores antes dos dezasseis anos, com manifesta capacidade de discernimento.

Uma solução normativa inflexível, que não abdica do preenchimento do critério da idade, não defende o superior interesse da criança e não está em consonância com a progressiva autonomia que lhe é atribuída, quer através das "maioridades especiais" previstas na lei, quer através das disposições a nível de direito internacional, que realçam a importância de adequar a autonomia do menor à sua maturidade.

Não sendo, contudo, o entendimento desta norma consensual, é aplicada, por uma questão de segurança, a sua interpretação literal o que, na prática, se traduz em que apenas aos maiores de dezasseis anos - com capacidade de discernimento - seja conferida capacidade de consentimento.

Pelo exposto, defendemos a necessidade de alterar o disposto no artigo 38.º n.º3 do Código Penal de forma a que a capacidade de discernimento seja avaliada independentemente da idade. Esta avaliação às capacidades da criança poderá ser realizada pela equipa médica que acompanha o menor ou pelo médico de família a pedido do menor e incidirá sobre o seu nível de maturidade, autonomia e capacidade para compreender todas as vertentes da intervenção médica.

Se consideramos que o menor já possui capacidade para exercer o seu direito à autodeterminação e consentir autonomamente nas intervenções médicas, também defendemos que este possui igualmente capacidade para dissentir.

No caso de um menor incompetente para consentir ou recusar, caberá aos pais, no exercício das suas responsabilidades parentais, tomar uma decisão. Importa diferenciar aqui duas situações de recusa.

A primeira, mais comum, prende-se com a simples recusa de determinado tratamento, fundamentado geralmente por convicções pessoais e religiosas. Neste caso, a decisão de recusar um tratamento essencial para a saúde e vida do menor, e na impossibilidade de recurso a tribunal em tempo útil, legitima o médico a agir mesmo sem consentimento, de forma a garantir que o superior interesse da criança seja assegurado, não podendo este ser subalternizado pelas convicções dos pais.

A segunda, está relacionada com a recusa de um tratamento por considerarem existir outro tratamento mais adequado à situação clínica do menor e com iguais probabilidades de sucesso. Existem doenças cujos tratamentos, apesar de protocolados, além dos efeitos colaterais, não garantem a cura. A comunidade científica continua, por isso, a investigar e desenvolver soluções mais eficazes e menos invasivas. Existem assim, tratamentos inovadores que, ainda que não protocolados, oferecem alternativas bem sucedidas aos pacientes e renovam a esperança na cura.

Muitas vezes os pais, perante a situação desesperadora de ter um filho em tanto sofrimento e sem uma certeza de cura, procuram outras soluções, geralmente disponíveis noutros países. Não se compreende a situação de conflito que se gera à volta desta questão. Não questionando a capacidade e conhecimentos científicos dos profissionais de saúde, reconhece-se, no entanto, alguma falta de abertura para reconhecer eficácia em tratamentos que, por razões institucionais, ainda não estão protocolados, logo, por isso, automaticamente postos de parte. Verificam-se, por vezes, falhas no cumprimento do dever de esclarecimento, não sendo os pais informados e esclarecidos sobre todas as consequências dos tratamentos, assim como da existência de alternativas disponíveis noutros locais.

Estando perante pais informados que apenas procuram garantir que o seu filho tenha acesso a todas as alternativas promissoras que a Medicina oferece, entendemos que não lhe deva ser vedado o direito a optar pelo tratamento que considerem mais adequado. Se a opção for prosseguir com tratamentos noutra país, deve ser conferida autorização em tempo útil, uma vez que está em causa o direito à vida, que não espera, bem como o direito às participações monetárias do Estado.

Relativamente à colheita e transplantes de órgãos e tecidos, defendemos a importância de respeitar a vontade do menor, não bastando, quando reunidos os requisitos que admitem a doação, a autorização dos pais para esta se realize, mas também a concordância do menor, ainda que sem capacidade para consentir. Solução semelhante se preconiza para os ensaios clínicos, exigindo-se que o menor seja informado tendo direito de veto quanto à sua participação.

Considerámos pertinente incluir neste trabalho a reflexão sobre algumas problemáticas recentemente introduzidas na opinião pública.

É o caso das crianças intersexuais, aquelas que cujas características biológicas não permitem definir com certeza o seu género. Quando esta situação ocorre, as crianças intersexuais são quase sempre submetidas a cirurgias de normalização de género e tratamentos hormonais em tenra idade, com autorização dos pais, pressionados pela urgência em registar a criança segundo a classificação binária. Estes procedimentos médicos muitas vezes irreversíveis e com consequências para toda a vida, são realizados muito antes da criança se poder envolver na decisão, podendo mais tarde não se identificar com o género que lhe foi atribuído.

Indo de encontro às recomendações do Comissários dos Direitos Humanos do Conselho da Europa, consideramos que não se devem submeter estas crianças a quaisquer tratamentos médicos, salvo se estiver em causa a sua saúde, devendo ser adiadas até que esta possa dar o seu consentimento informado. Esta solução não traria qualquer problema se não houvesse a obrigatoriedade de registar a criança pouco tempo após o nascimento, com identificação do género. À semelhança do que já existe em alguns Estados-Membros, também em Portugal deveria ser prevista emissão de um certificado de nascimento sem

classificação de género, deixando este campo para completar quando o intersexual definir a sua identidade de género.

O outro caso diz respeito à decisão dos pais de não vacinarem os seus filhos. Consideramos que cabe aos pais e ao Estado tudo fazer para promover e assegurar a saúde dos menores, pelo que devem ser adotadas medidas que tornem obrigatória a administração de vacinas contra doenças contagiosas que têm vindo a ressurgir nos últimos anos.

Apresentadas as conclusões, esperamos que este trabalho contribua para uma reflexão sobre os assuntos tratados e que conduza à mudança de mentalidades e evolução das nossas leis. O ritmo a que a sociedade evolui, implica a abertura de novos caminhos que não deveremos temer trilhar.

VII. BIBLIOGRAFIA

Livros e Dissertações de Mestrado

- ABREU, Catarina, *As regras de obtenção do consentimento para intervenções médicas em menores, O significado da gillick competence e a possível adoção da figura em Portugal*, Dissertação de 2.º Ciclo, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2012
- ALFAIATE, Ana Rita, *A relevância penal da sexualidade dos menores*, *Dissertação de 2.º Ciclo*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2009
- ANDRADE, Manuel da Costa:
 - *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*, Reimpressão, Coimbra Editora, 2004
 - *Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial*, 2ª Edição Coimbra Editora, 2012
- BOAS, Ana Vilas, *A autonomia da vontade do menor em caso de intervenção médica*, Dissertação de 2.º Ciclo, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2014
- CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Almedina, 2003
- CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª Edição, Vol. I, Coimbra Editora, 2007
- CARVALHO, Ricardo Miguel Pinto de, *A natureza jurídica e o regime do consentimento prestado por ensaios clínicos*, *Dissertação de 2.º Ciclo de Estudos em Direito*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013
- FERREIRA, Ana Luísa, *Aspetos legais da colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana*, *Dissertação de 2.º Ciclo de Estudos em Direito*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013
- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código penal português: anotado e comentado*, 18ª Edição, Almedina, 2007

- MARTINS, Rosa Cândido, *A criança, o adolescente e o acto médico: o problema do consentimento*, Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977. Coimbra Editora, 2004 . Vol. 1, p. 791-831
- MATOS, Mafalda Francisco, *O problema da (ir)relevância do consentimento dos menores em sede de cuidados médicos : uma perspectiva jurídico-penal*, 1ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2013
- OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito da Medicina*, 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2005
- PEREIRA, André Dias:
 - *O consentimento informado na relação médico-paciente: Estudo de Direito Civil*, Coimbra Editora, 2004
 - *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Coimbra, 2012
- PINTO, Carlos Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição, Coimbra Editora, 2005, p. 557-558
- RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português (elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente)*, Coimbra Editora, 2001,
- SILVA, Fernando, *Direito penal especial : os crimes contra as pessoas : crimes contra a vida, crimes contra a vida intra-uterina, crimes contra a integridade física*, 3ª Edição, Lisboa: Quid juris?, 2011

Estudos e Artigos de Revistas

- AMORIM, Ana, «O Consentimento informado de menores: reflexões críticas sobre a lei actual» *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa do Direito da Saúde*, ISSN 1646-0359, Ano 8 n.º15 (2011) p. 113-128
- AMORIM, Ana, «O Consentimento informado de menores de idade na actividade pericial forense», *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, ISSN 1645-0760, Ano XXI, n.º23, (2012) p. 139-150
- DANTAS, Eduardo, «Diferenças entre o consentimento informado e a vontade esclarecida, como excludentes de responsabilidade civil na relação médico

x paciente» *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ISSN 1646-0359, Ano 4, n.8 (2007), pág. 115-134

- MARTINS, Rosa Cândido, «Poder Paternal vs Autonomia da Criança e do Adolescente?», *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, ISSN 1645-9660, Ano 1, n.º1 (2004) p. 65-74

- OLIVEIRA, Guilherme de, «O acesso dos menores aos cuidados de saúde», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, Ano 132, N.º3898, 1999, p. 16-19

- PEREIRA, André Dias, «Alguns aspetos do consentimento informado», *Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico Criminais*, ISSN 2183-4180, n.º0 (2014), Coimbra. p. 168-185

- 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*, ISSN 1646-0359, Ano. 7, N. 14 (2010), p. 105-138

- SANTOS, André Teixeira dos, «Do consentimento dos menores para a realização de actos médicos terapêuticos», *Revista do Ministério Público*, ISSN 0870-6170, Ano 30, N. 118 (2009), p. 123-155

Jurisprudência, Documentos e Relatórios Governamentais

- Acórdão. n.º 288/98, publicado no Diário da República, I Série - A, n.º91, de 18 de abril de 1998

- Comissão ética para a investigação clínica, *Documento Orientador sobre Consentimento Informado para a participação em ensaios clínicos em pediatria*, 30 de Novembro de 2015, disponível em http://www.ceic.pt/portal/page/portal/CEIC/Documentos/DOCUMENTOS_CEIC/DOCUMENTOS_APROVADOS/CI%20para%20EC%20em%20PED.pdf- acessado a 23 de janeiro de 2016

- Conselho Nacional da Ética para as Ciências da Vida, *Parecer sobre a objecção ao uso de sangue e derivados para fins terapêuticos por motivos religiosos*, Parecer 46/CNECV/05, Lisboa, junho de 2005, disponível em:

http://www.cnecev.pt/admin/files/data/docs/1273054487_P046_ParecerTestemunhasJeova.pdf

- Conselho Nacional da Ética para as Ciências da Vida, *Documento Relativo à Colheita e Transplante de Tecidos e Órgãos de Origem Humana*, Parecer 50/CNECV/06, Lisboa, 24 de fevereiro de 2006, disponível em: http://www.cnecev.gov.pt/NR/rdonlyres/868B3E3B-3FE2-42FC-9322-4F624843D30D/0/P050_ParecerTransplantes.pdf acessado a 23 de janeiro de 2016

- Council of Europe: Commissioner for Human Rights, *Human rights and intersex people*, 12 Maio 2015, CommDH/IssuePaper(2015), disponível em: <http://www.refworld.org/docid/55afaf0a4.html> acessado pela última vez a 8 de janeiro 2016

- Decisão n.º2015-458 QPC de 20 de março de 2015 disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2015/2015-458-qpc/communiquede-presse.143459.html> acessado a 26 de janeiro de 2016

- Direção-Geral de Saúde, Comunicado n.ºC091_01_v1 «Risco de sarampo em viagens internacionais», de 27 de fevereiro de 2015, disponível em: <https://www.dgs.pt/a-direccao-geral-da-saude/comunicados-e-despachos-do-director-geral/risco-de-sarampo-em-viagens-internacionais.aspx> acessado a 26 de janeiro de 2016

- «*Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization, An interagency statement*» OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF and WHO, World Health Organization 2014, disponível em http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/201405_sterilization_en.pdf acessado a 8 de janeiro de 2016

- European Union: European Agency for Fundamental Rights, *The fundamental rights situation of intersex people*, maio 2015, FRA Focus 04/2015 disponível em <http://fra.europa.eu/en/publication/2015/fundamental-rights-situation-intersex-people> acessado a 19 de janeiro de 2016

- MALTA (2015), ACT No. XI of 2015, *Act for the recognition and registration of the gender of a person and to regulate the effects of such a change, as well as the recognition and protection of the sex characteristics of a person*,

abril 2015, disponível em: http://tgeu.org/wp-content/uploads/2015/04/Malta_GIGESC_trans_law_2015.pdf acessado a 8 de janeiro de 2016

- PORTSMOUTH CITY COUNCIL v. KING, High Court of Justice Family Division, Decisão de 8 de setembro de 2014. disponível em: <https://www.judiciary.gov.uk/judgments/judgment-and-family-court-orders-in-the-matter-of-ashya-king/> acessado a 25 de janeiro de 2016

- SWITZERLAND, Swiss National Advisory Commission on Biomedical Ethics, *On the management of differences of sex development. Ethical issues relating to 'intersexuality'*, Novembro 2012, p. 18, disponível em http://www.nek-cne.ch/fileadmin/nek-cne-dateien/Themen/Stellungnahmen/en/NEK_Intersexualitaet_En.pdf - acessado a 23 de janeiro de 2016

Publicações Online

- BRIDGEMAN, Jo, «Misunderstanding, threats, and fear, of the law in conflicts over children's healthcare: in the matter of Ashya King [2014] EWHC 2964», *Medical Law Review*, disponível em <http://medlaw.oxfordjournals.org/content/early/2015/03/29/medlaw.fwv006> acessado a 15 de outubro de 2015

- GREENBERG, Julie, «International Legal Developments Protecting the Autonomy Rights of Sexual Minorities: Who Should Decide the Appropriate Treatment for an Intersex Child?», *Ethics and Intersex* 87, Sharon Sytsma ed., 2006 disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=896593 acessado a 25 de janeiro de 2016

- RAPOSO, Vera Lúcia, «Do Regime das Intervenções Médico-Cirúrgicas Arbitrárias no Código Penal Português», *Revista Peruana de Ciencias Penales*. 2013, disponível em: <http://www.vda.pt/pt/comunicacao/noticias-e-imprensa/Do-Regime-das-Intervencoes-Medico-Cirurgicas-Arbitrarias-no-Codigo-Penal-Portugues/9152/> acessado a 23 de janeiro de 2016

- REIS, Rafael Vale, *O Consentimento na Relação Médico Paciente*, texto do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p.4, disponível em <https://woc.uc.pt/feuc/getFile.do?tipo=2&id=10370> acessido a 23 de janeiro de 2016

Notícias de Imprensa

- *Diário de Notícias* (2016), «Crianças vão ter que autorizar participação em ensaios clínicos», 17 de janeiro, disponível em: <http://www.dn.pt/portugal/interior/criancas-vaio-ter-de-autorizar-ensaios-com-medicamentos-4984061.html> acessido a 23 de janeiro de 2016
- *Observador* (2015), «Portugal terá um terceiro género no bilhete de identidade?», 11 de maio, <http://observador.pt/2015/05/11/portugal-tera-um-terceiro-genero-no-bilhete-identidade> acessido a 19 de janeiro de 2016
- *Público* (2013), «Alemanha permite registo de bebés sem definição de sexo», 20 de agosto disponível em: <http://www.publico.pt/mundo/jornal/alemanha-admite-terceira-opcao-no-registo-do-sexo-dos-recemnacidos-26978360> acessido a 19 de janeiro de 2016
- *Público* (2014), «Lei sobre tratamentos de saúde no estrangeiro publicada sem desfazer dúvidas», 25 de agosto, disponível em <https://www.publico.pt/sociedade/noticia/lei-sobre-tratamentos-de-saude-do-estrangeiro-publicada-sem-desfazer-duvidas-1667566> acessida a 23 de janeiro de 2016
- *Público* (2014), «Médicos ou pais... Quem tem a última palavra no tratamento de uma criança?», 9 de setembro disponível em <http://www.publico.pt/sociedade/noticia/medicos-ou-pais-quem-tem-a-ultima-palavra-no-tratamento-de-uma-crianca-1669014> acessido a 19 de janeiro de 2016
- *TSF* (2014) «Bélgica legaliza eutanásia para menores», 13 de fevereiro <http://www.tsf.pt/internacional/europa/interior/belgica-legaliza-eutanasia-para-criancas-3685164.html> - acessido a 17 de janeiro de 2016