

A CAPACIDADE DOS MENORES PARA CONSENTIR ACTOS MÉDICOS NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA^{1,2}

Sónia Moreira*

Resumo

Os menores não possuem capacidade negocial de exercício, não estando habilitados a reger a sua pessoa ou a dispor dos seus bens. Contudo há várias leis na ordem jurídica portuguesa que lhes reconhecem campos de autonomia e até “maioridades especiais”. Será o caso da capacidade para consentir actos médicos? Se sim, a partir de que idade? Quais os contornos desta capacidade? O estudo destes temas permitirá responder a algumas questões práticas levantadas no início deste trabalho que ilustram a sua importância prática.

Palavras-chave

Menores; maioridades especiais; capacidade para consentir em actos médicos; direito português.

1. Colocação de questões

Nos termos do art.º 123.º do Código Civil, os menores não têm capacidade negocial de exercício de direitos. São pessoas em sentido jurídico, ou seja, possuem personalidade jurídica, são sujeitos de direitos, mas não os podem exercer por acto próprio. E é assim porque se entende que o menor não está em condições de o poder fazer. Não tem suficiente

* Professora Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho

¹ O presente texto foi aceite para publicação na Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS) e encontra-se, neste momento, no prelo.

² O presente texto, com razoáveis alterações, serviu de base à nossa comunicação no *Colóquio Informação e Consentimento na Prestação de Cuidados de Saúde*, realizado no dia 22 de Novembro de 2013, na Escola de Direito da Universidade do Minho e no *Colóquio Liberdade, Responsabilidade e Atos Médicos*, realizado no dia 1 de Março de 2017, na Escola de Direito da Universidade do Minho.

maturidade³. É para sua protecção que se estabeleceu o regime da menoridade, determinando que serão os seus representantes legais, geralmente os seus pais⁴, quem praticará os actos jurídicos que lhes digam respeito em sua representação.

A nossa ordem jurídica determinou que só a partir dos dezoito anos de idade é que se atinge a maioridade. A lei estabeleceu um limite rígido, inflexível, por razões práticas. Não é viável (nem económica, nem socialmente) avaliar a capacidade negocial das pessoas a cada negócio jurídico celebrado. Por outro lado, a segurança jurídica a tanto obriga⁵ – ou seria potencialmente possível anular-se qualquer negócio a qualquer altura, caso se verificasse que a pessoa em questão não tinha capacidade para o exercício dos seus direitos à época da celebração do negócio. Evidentemente, a lei permite que se anulem negócios que tenham sido celebrados por alguém que se encontrava (acidentalmente) incapacitado de os celebrar – o que se verifica nos termos do art. 257.º do CC –, mas aqui a lei tenta encontrar um ponto de equilíbrio entre o interesse (em anular) do acidentalmente incapaz e o interesse (em manter a validade do negócio) da contraparte, estabelecendo como pressupostos da anulação o conhecimento ou o dever de conhecimento (a notoriedade) da incapacidade (acidental). No regime da menoridade a lei tem em consideração *um único interesse* – o da protecção do menor.

Deste modo, o esquema delineado pela lei é simples e eficiente: até aos dezoito anos as pessoas não possuem capacidade negocial; a partir desta idade, possuem.

É, no entanto, evidente, que este esquema rígido não corresponde à realidade da vida. Adquire-se capacidade natural conforme o processo de crescimento se vai efectuando,

³ Neste sentido, HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2016 (reimpr.), p. 317.

⁴ O art.º 124.º do CC determina que a incapacidade dos menores é suprida pelo poder paternal e, subsidiariamente, pela tutela, remetendo para os arts. 1877.º e ss., relativamente às responsabilidades parentais, e para os arts. 1921.º e ss quanto à tutela. A expressão “poder paternal”, que designava os poderes-deveres dos pais relativamente à pessoa dos filhos, foi substituída pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, nos arts. 1877.º e ss. pela expressão “responsabilidades parentais” para colocar a tónica no interesse do menor no exercício destes direitos-deveres. No entanto o legislador esqueceu-se de proceder à mesma operação na parte geral do CC, nos artigos 122.º e ss.

⁵ HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, cit., p. 317. Também ROSA CÂNDIDA MARTINS explica que a lei civil estabelece um marco rígido que não tem em consideração a maturidade de cada um em particular por razões de “segurança no comércio jurídico”. Cfr. ROSA CÂNDIDA MARTINS, «A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento», in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol. I, *Direito da Família e Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 809, n. 56.

numa progressiva maturação. A lei reconhece-o, estabelecendo uma série de excepções à incapacidade de exercício dos menores – algumas muito flexíveis e elásticas – delimitando várias situações em que o menor chega a alcançar uma verdadeira autonomia, como vamos ver. Por isso, é legítimo perguntarmo-nos se não haverá, também, situações em que se reconheça aos menores capacidade para consentir em actos médicos.

Para exemplificar, vamos colocar algumas questões, às quais esperamos encontrar resposta no final desta intervenção. São questões que ilustram a importância prática do reconhecimento (ou não!) de campos de autonomia ao menor no exercício dos seus direitos:

- Pode um rapaz de catorze anos decidir que não quer continuar com o tratamento de quimioterapia que faz há anos por estar cansado de sofrer e preferir morrer?

- Pode uma rapariga de quinze anos abortar dentro das 10 semanas em que a lei permite a interrupção voluntária da gravidez? E se ela não quiser abortar, mas os seus pais quiserem que ela o faça por entenderem que ela ainda não tem maturidade suficiente para ser mãe?

- Pode um rapaz de dezasseis anos recusar uma transfusão de sangue por questões religiosas? E se a sua vida estiver em perigo, os pais negarem autorização aos médicos para esta transfusão com fundamento nas referidas questões religiosas, mas o menor pretenda consentir? E a quem caberá decidir, se não houver tempo para recorrer ao tribunal?

2. A (in)capacidade dos menores e os actos médicos

2.1. A menoridade como uma incapacidade geral do exercício de direitos

Nos termos do art. 122.º do CC é menor quem ainda não tiver completado dezoito anos de idade. Ora, determina o art. 123.º que, “[s]alvo disposição em contrário, os menores carecem de capacidade para o exercício de direitos”. Esta incapacidade é geral: não só afecta a idoneidade do menor para a prática de actos patrimoniais, como também para a prática de actos pessoais, como os que aqui queremos tratar, ou seja, cabe aqui o consentimento para a prática de actos médicos relativos à sua pessoa. Tanto é assim que nos diz o art. 130.º, relativo aos efeitos da maioridade, que “[a]quele que perfizer dezoito anos de idade adquire

plena capacidade de exercício, ficando habilitado *a reger a sua pessoa e a dispor dos seus bens*".

Portanto, carecendo o menor de capacidade para reger a sua pessoa, *salvo nas excepções determinadas na lei*, em princípio não poderia consentir na prática de actos médicos. Teriam de ser os seus pais, enquanto seus representantes legais, a autorizar estas intervenções (não se pode, em bom rigor, falar aqui em *consentimento* dos pais, visto que o consentimento se refere a actos que serão levados a cabo na própria pessoa que neles consente; neste caso, estaremos perante uma *autorização* dos pais, que legitimará a actuação dos profissionais de saúde na esfera da integridade física do seu filho menor⁶). Nos termos do art. 124.º, "[a] incapacidade dos menores é suprida pelo poder paternal e, subsidiariamente, pela tutela (...)". Portanto, em princípio, e na falta de uma lei especial que regule esta questão em particular, parece que serão os pais (ou o tutor designado em sua substituição em caso de o menor ser órfão ou de ter sido retirado aos pais) quem terá de autorizar a prática de actos médicos.

Contudo as responsabilidades parentais encontram o seu conteúdo determinado no art. 1878.º. Por um lado, nos termos do n.º 1 desta norma, cabe aos pais "velar pela segurança e saúde" dos filhos, "prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens". Por outro lado, nos termos do n.º 2, e se "os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, *de acordo com a maturidade dos filhos*, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e *reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida*". Esta norma foi apregoada como tendo alto valor pedagógico na altura em que o Código Civil Português entrou em vigor. Visava-se incentivar a estrutura familiar a adoptar um modelo mais democrático, menos conservador, menos autoritário. Além disso, veio reconhecer que o dever dos pais não é apenas proteger os filhos, alimentá-los, zelar pela sua saúde, mas, também, educá-los, prepará-los para a autonomia. Neste sentido, o art. 1885.º, n.º 1, estabelece que "cabe aos pais, de acordo com as suas possibilidades, *promover o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos*". Daí que se deva ir reconhecendo ao menor, conforme este vai crescendo, a possibilidade de ir cuidando

⁶ Neste sentido, por exemplo, ROSA CÂNDIDA MARTINS, *op. cit.*, pp. 812 e 813 e ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, «Do consentimento dos menores para a realização de actos médicos terapêuticos», *Revista do Ministério Público*, n.º 118 (Abril/Junho 2009), p. 145.

de si e das suas coisas. “[A] lei tem de considerar não só as exigências da segurança do tráfico jurídico mas também o direito à autodeterminação e auto-regulamentação da pessoa, na medida em que esta está em condições para fazer uso dos seus direitos e para actuar de uma maneira cada vez mais responsável”⁷. É o que podemos deduzir, por exemplo, de artigos como o art. 127.º, n.º 1, que estabelece uma série de excepções à incapacidade de exercício do menor, permitindo-lhe, nomeadamente, celebrar negócios jurídicos próprios da sua vida corrente, que estejam ao alcance da sua capacidade natural e só impliquem despesas ou disposições de bens de pequena importância.

Mas, se é assim no que toca à situação patrimonial do menor, onde, como vemos, a lei reconhece expressamente a crescente autonomia do menor, o que sucede no campo pessoal? Que aplicação prática tem o n.º 2 do art.º 1878.º? O que significa, de facto, conceder *autonomia ao menor na organização da própria vida* de acordo com a sua maturidade? Permitirá esta norma reconhecer-se ao menor a possibilidade de ser ele a decidir relativamente à prestação de actos médicos, mesmo contra a vontade dos pais, desde que se possa comprovar que já é capaz de o fazer por si? Ou haverá uma idade mínima a partir da qual se poderá deixar o menor decidir⁸?

2.2. Casos de excepcional capacidade do menor; “maioridades especiais”

Porque a questão de se saber se o menor pode consentir por si quanto à prestação de actos médicos não se dissocia da questão da autonomia do menor no exercício dos seus direitos, consideramos importante fazer uma breve incursão sobre os campos em que a lei lhe reconhece autonomia, para bem contextualizarmos o nosso problema⁹.

⁷ HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, cit., p. 322.

⁸ No sentido de que “o rumo do direito actual é o da autonomia progressiva dos menores (...) que se traduz no facto de cada vez mais cedo (...) poderem decidir sobre certos assuntos, ou, pelo menos, terem o direito a ser informados e a dar a sua opinião (...)”, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, Coimbra, Coimbra editora, 2004, p. 289.

⁹ Sobre a questão da autonomia do menor e contendo uma exposição mais detalhada de exemplos de casos de autonomia e de “maioridades especiais”, v. os nossos SÓNIA MOREIRA, «A autonomia do menor no exercício dos seus direitos», *Scientia Iurídica*, Tomo L, n.º 291, Setembro-Dezembro, 2001, pp. 159 a 194 e SÓNIA MOREIRA, «Menores: Incapacidade versus autonomia», in MÁRIO FERREIRA MONTE/ MARA CLARA CALHEIROS/ MARIA ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA/ ANABELA GONÇALVES (coord.), *Direito na Lusofonia. Cultura, direitos humanos e globalização*, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2016, pp. 429 a 436.

Iniciemos pelo Código Civil.

A norma base é o referido art. 127.º. Esta norma estabelece excepções à incapacidade negocial dos menores no que toca à realização de alguns negócios jurídicos. Trata-se de uma norma bastante ampla, como vamos ver.

Nos termos da al. a) do n.º 1, o menor com mais de 16 anos pode administrar ou dispor do património que tenha adquirido por seu trabalho. Aqui, como é fácil de perceber, a norma vai no sentido de reconhecer uma excepcional capacidade de exercício ao menor *com mais de dezasseis anos*, possivelmente por entender que será mais cuidadoso na administração de bens que ele ganhou com o seu próprio esforço.

Se confrontarmos esta norma – que tem contornos razoavelmente bem delineados – com a norma da al. b), vemos várias diferenças de monta. Esta última norma estabelece que são excepcionalmente válidos “os negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas ou disposição de bens de pequena importância”. Verificamos que, em primeiro lugar, a al. b) do n.º 1 do art. 127.º não estabelece limites mínimos de idade; em segundo lugar, não limita a sua aplicação ao tipo de património administrado pelo menor (se adquirido por seu trabalho ou a título gratuito, etc.); em terceiro lugar, não se limita a certos negócios (como sucede no caso da al. c) do n.º 1 do art. 127.º). Assim, trata-se de uma norma muito elástica, ou seja, uma norma que se adapta à progressiva aquisição de maturidade do menor, pois reconhece-lhe capacidade negocial quando o menor possua *capacidade natural*; no entanto, para impedir que o menor prejudique o seu património por avaliar mal as consequências da sua gestão patrimonial, apenas o admite para negócios jurídicos próprios da sua vida corrente (que o menor esteja habituado a realizar ou lhe sejam familiares) e que impliquem valores reduzidos, sendo que este conceito deve ser interpretado de acordo com o estatuto social e económico do menor¹⁰.

Por último, encontramos a al. c) que apenas inclui “os negócios jurídicos relativos à profissão, arte ou ofício que o menor tenha sido autorizado a exercer, ou os praticados no exercício dessa profissão, arte ou ofício”.

¹⁰ HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, cit., pp. 323 e 324.

Por outro lado, se a lei estabelece em geral a idade dos 18 anos para se adquirir capacidade negocial de exercício, não faz o mesmo quanto à capacidade negocial de gozo. A capacidade negocial de gozo refere-se aos negócios estritamente pessoais, ou seja, aqueles que apenas podem ser celebrados pelo próprio, não admitindo celebração através de representação: o casamento, a perfilhação e o testamento.

Os arts. 1600.º e ss. tratam da capacidade negocial de gozo para casar. Nos termos desta norma, têm “capacidade para contrair casamento todos aqueles em quem se não verifique algum dos impedimentos matrimoniais previstos na lei”. Os impedimentos matrimoniais encontram-se nos artigos seguintes, mas aquele que nos interessa aqui explorar é o art. 1601.º, al. a). Esta norma estabelece como idade núbil os dezasseis anos de idade. A lei estabeleceu o marco dos dezasseis anos como sendo o limite inderrogável – antes desta idade, ninguém pode casar-se. A lei visou assegurar a maturidade física (e psíquica) dos nubentes e esta será a idade a partir da qual tanto os rapazes como as raparigas já a terão atingido.

Ainda assim, mesmo tendo atingido os dezasseis anos de idade, o menor só pode casar se for devidamente autorizado pelos pais (ou tutor), ou se a falta de esta autorização for suprida pelo conservador do registo civil (arts. 1604.º, al. a), e 1612.º).

Se o menor vier a casar-se respeitando as normas referidas, adquire capacidade negocial de exercício através da emancipação¹¹ (arts. 129.º, 132.º e 133.º); se não as respeitar, o casamento continua a ser válido (!), mas o menor sofre uma sanção, continuando a ser tratado como menor no que toca à administração de bens que leve para o casal ou que posteriormente lhe advenham a título gratuito até à maioridade (art. 1649.º), ou seja, mantém-se a sua incapacidade negocial de exercício. Curiosamente, a emancipação verifica-

¹¹ Actualmente, a emancipação ocorre apenas por efeito do casamento, mas, nos termos do art.º 304.º do Código de Seabra, o menor podia ainda emancipar-se através de “concessão do pai, da mãe na falta deste, ou do conselho de família, na falta de ambos”, e, nos termos do art.º 1461.º do Código de Processo Civil vigente na época, por decisão dos tribunais de menores. Na falta de pai ou mãe, havendo tutor, também este podia emancipar o menor nos termos do art.º 248.º, n.º 2, do Código de Registo Civil. Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Português*, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1960, p. 123. A versão primitiva do art.º 132.º do actual CC (anterior à reforma de 1977) também previa estas possibilidades. Quando, em 1977, a maioridade passou a atingir-se aos 18 anos, entendeu-se não ser necessário mantê-las. Cfr. FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA/JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA/ MANUEL HENRIQUE MESQUITA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, Artigos. 1.º a 761.º, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010 (reimpr. da ed. 1987), p. 143 e 144.

se mesmo que esta autorização ou o respetivo suprimento não existam, como se pode depreender pela leitura dos arts. 132.º e 133.º: o menor emancipa-se pelo simples facto do casamento. A falta da referida autorização apenas sanciona o menor não atribuindo a totalidade dos efeitos à emancipação (esta não elimina a incapacidade negocial de exercício do menor), mas alguns efeitos sempre se verificam: o menor adquire capacidade negocial de gozo para testar. Como é fácil de constatar pela leitura do art. 2189.º, al. a), o menor emancipado – com ou sem autorização/suprimento desta – pode testar.

Para terminar o elenco dos negócios estritamente pessoais, falta apenas analisar a capacidade negocial de gozo para perfilhar. A lei reconhece-a aos “indivíduos com mais de dezasseis anos”, nos termos do art. 1850.º, n.º 1, 1.ª parte. O número 2 desta norma esclarece que os menores não necessitam de autorização dos pais (ou tutores) para perfilhar.

Como vemos, no que toca aos negócios estritamente pessoais, a lei contenta-se, embora de forma imperfeita, com um limite etário inferior aos dezoito anos que, em regra, se exigem para a capacidade negocial de exercício.

No que toca às opções religiosas do menor, a lei estabelece uma verdadeira “maioridade especial” a partir dos dezasseis anos, possivelmente por se tratar de uma área pessoalíssima e do foro íntimo das convicções de cada um, ao determinar no art. 1886.º que apenas compete aos pais a educação religiosa dos filhos com idade inferior¹².

Continuando a nossa viagem pelo Código Civil, podemos apontar em seguida várias normas dispersas onde é possível observar a consideração da natural capacidade do menor: o art. 1289.º, n.º 2, do CC, permite ao menor adquirir por usucapião; o art. 1266.º permite-lhe adquirir posse; o art. 263.º determina que “[o] procurador não necessita de ter mais do que a capacidade de entender e querer exigida pela natureza do negócio que haja de efectuar”, o que significa que os menores (mesmo menores não emancipados) podem ser procuradores, dependendo do negócio a realizar em nome do representado (mas não há

¹²No sentido de que a partir dos dezasseis anos do menor “[o]s pais não têm o poder de interferir na decisão final que [este] tome, por exemplo, no sentido de escolher uma religião diferente daquela que a Família adoptou”, GUILHERME DE OLIVEIRA, «Protecção de Menores. Protecção Familiar», in GUILHERME DE OLIVEIRA, *Temas de Direito da Família*, 1, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 273.

como negar que a lei não exige capacidade negocial de exercício ao procurador, apenas uma capacidade natural).

Por outro lado, o menor tem também o direito a ser ouvido, consagrado em várias normas do Código Civil, no processo de tomada de decisões que lhe digam respeito. Por exemplo, o art. 1901.º, n.º 3, do CC, determina que o menor será ouvido pelo tribunal que tenha sido chamado a decidir sobre questões de particular importância por falta de acordo dos pais (salvo se circunstâncias ponderosas o desaconselharem)¹³; o art. 1931.º, n.º 2, estabelece a obrigatoriedade de o tribunal ouvir o menor que tenha completado catorze anos antes de proceder à nomeação do seu tutor¹⁴. Já o art. 1984.º, al. a), estabelece que o juiz deverá ouvir os filhos maiores de doze anos em caso de os seus pais pretenderem adoptar uma criança.

No entanto, ao adoptando com mais de doze anos reconhece-se mais do que um direito de audição. O art. 1981.º, n.º 1, al. a), estabelece que o seu consentimento é necessário para a adopção. Sem o seu consentimento, a sentença que tenha decretado a adopção é susceptível de revisão, nos termos do art. 1990.º, n.º 1, al. e), o que significa que também aqui estaremos perante uma “maioridade especial”.

Em sede de legislação avulsa também é possível encontrar vários diplomas que reconhecem direitos de exercício autónomo pelo menor.

Por exemplo, a Lei Tutelar Educativa, no art. 45.º, n.º 2, al. a), reconhece ao menor o direito a ser ouvido pela autoridade judiciária em qualquer fase do processo, oficiosamente ou sempre que ele próprio o requeira. O menor também pode, ele próprio, solicitar a assistência de um especialista em psicologia ou psiquiatria para efeitos de avaliação da necessidade de

¹³ Esta é a redacção da norma alterada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro. Na versão anterior, a lei apenas obrigava o tribunal a ouvir o filho maior de catorze anos. A alteração feita poderá não ter trazido os efeitos práticos previstos, visto que a maioria dos tribunais não possuirá meios para proceder a estas audições com facilidade.

¹⁴ Pensamos que, em 2008, por uma questão de coerência, o legislador também devia ter alterado esta norma no mesmo sentido da alteração feita ao art.º 1901.º, n.º 3. Sem dúvida que esta será uma “questão de particular importância na vida do menor”, pelo que se deveria reger pela mesma bitola.

aplicação de medida tutelar educativa (art. 45.º, n.º 1, al. d), assim como constituir ou requerer a nomeação de um defensor (art. 46.º, n.º 1).

Quanto à capacidade judiciária, o art. 15.º do CPC determina que esta tem por base e por medida a capacidade de exercício, o que significa que, em regra, o menor não tem capacidade judiciária. No entanto, há uma excepção de relevo consagrada no art. 2.º, n.º 1, do Código de Processo de Trabalho: o menor com mais de dezasseis anos possui capacidade judiciária activa, podendo estar por si, em juízo, como autor, o que faz sentido, uma vez que os menores com mais de dezasseis anos podem já trabalhar.

Podemos referir, ainda, no âmbito do direito processual, o art. 495.º do CPC que determina que os menores podem depor como testemunhas. A lei não estabelece qualquer limite de idade, cabendo ao juiz averiguar se o menor em questão possui a devida capacidade natural para o fazer. Mesmo em sede penal, também os menores de dezasseis anos podem ser inquiridos, embora apenas pelo presidente do tribunal, nos termos do art.º 349.º do CPPenal.

Outra situação em que é relevante o consentimento do menor é a relativa ao transplante ou colheita de órgãos. Nos termos do art.º 8.º, n.º 1, da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril (já alterada por diversas vezes), o consentimento do dador deve ser livre, esclarecido, informado e inequívoco, sendo ainda livremente revogável (art. 8.º, n.º 6). Nos termos do n.º 3, se o dador for menor, o consentimento deve ser prestado pelos pais, ou em caso de inibição do exercício das responsabilidades parentais (ou da sua falta) pelo tribunal. Contudo, nos termos do n.º 4 deste artigo, se o menor possuir capacidade de entendimento e de manifestação de vontade, a dádiva e colheita de tecidos ou órgãos não se fará sem a sua concordância. A lei reconhece ao menor um verdadeiro direito de veto. É de notar que a lei não estabeleceu aqui qualquer limite etário. O critério será o da capacidade natural do menor.

Quanto à colheita *post mortem*, o art.º 10.º obriga a que todos aqueles que pretendam ser não dadores manifestem a sua vontade junto do Ministério da Saúde. Para efeitos de registo serão os representantes legais, nos termos do n.º 3 deste artigo, a manifestar a

indisponibilidade para a dádiva dos menores. No entanto, também o próprio menor poderá exprimir tal indisponibilidade desde que possua capacidade de entendimento e manifestação de vontade.

Uma outra situação com grande relevância prática é a prevista na Lei sobre Educação e Planeamento Familiar (a Lei n.º 3/84, de 24 de Março). Esta lei concede aos menores o direito de aceder a consultas de planeamento familiar. Esta lei veio modificar o paradigma anterior: o Parecer da Procuradoria Geral da República n.º 53/80, de 6 de Novembro de 1980¹⁵, negava aos menores não emancipados o direito de acesso a estas consultas sem a autorização dos seus pais ou dos representantes legais, por entender que a educação sexual seria uma prerrogativa dos pais, cabendo no âmbito do poder paternal. Esta questão foi bastante discutida na época, pois, como afirmava alguma doutrina, os menores que mais necessitavam de acesso a estas consultas seriam aqueles que não tinham um meio familiar com o qual pudessem contar; por outro lado, também se afirmou que não se tratava aqui de um problema de representação legal do menor (não está em causa a celebração de negócios jurídicos em lugar do menor), mas da prática de actos pessoais, ou seja, o que estava em causa era o exercício do poder paternal – na sua vertente de poder/dever de educar –, sendo certo que o Estado podia limitar o poder paternal dos pais, principalmente por este dever ser exercido no interesse dos filhos¹⁶.

Assim, o art. 13.º desta lei determina que o Estado e as autarquias locais incentivarão a instalação de centros de atendimento a jovens, podendo estes dirigir-se aos centros de consultas de planeamento familiar nas localidades onde não existam aqueles. Nem a Lei nem a Portaria n.º 52/85, de 26 de Janeiro, que vem regulamentar o acesso a estas consultas, estabelecem limites de idade, assegurando o acesso a todos os jovens em idade fértil. Também a Lei n.º 120/99, de 11 de Agosto, que reforça as garantias do direito à saúde reprodutiva, reafirma que os jovens podem ser atendidos em qualquer consulta de planeamento familiar, ainda que em centro de saúde ou hospital fora da sua área de residência.

¹⁵ Publicado no BMJ n.º 305, pp. 157 e ss.

¹⁶ Cfr. MARIA DE NAZARETH LOBATO GUIMARÃES, «Ainda sobre as consultas de planeamento familiar», *Revista do Ministério Público*, ano 3.º, vol. X, 1982, pp. 193 a 201.

Da legislação apreciada há que concluir que se reconhece ao menor com maturidade suficiente o direito à sua autodeterminação sexual^{17 18}. Nesse sentido, a venda de contraceptivos a estes menores não pode ser recusada. Para além disso, desde que o menor em causa não se coloque em risco (como será o caso de não possuir suficiente maturidade ou discernimento ou o caso de apresentar comportamentos que extravasem a sua mera autodeterminação, como prostituição, por exemplo), o seu direito à privacidade também terá de ser respeitado, pelo que os pais não deverão ser informados^{19 20}.

E, já que entramos no âmbito da vida sexual do menor, é importante lembrar que o CP dá relevância ao consentimento dos menores com mais de dezasseis anos para a prática de acto sexual. Nos termos do art. 173.º, n.º 1, só estaremos perante um ilícito criminal caso o acto sexual tenha sido praticado por maior com menor entre os catorze e os dezasseis anos, o que, mais uma vez, confirma que se reconhece ao maior de dezasseis anos autodeterminação sexual. Na verdade, poderia afirmar-se que a autodeterminação sexual se adquire aos catorze anos, em virtude de o art. 173.º do CP apenas punir o maior que pratique acto sexual com menor com catorze anos caso tenha abusado da sua inexperiência. Em todo o caso, há que reconhecer que o menor, até aos catorze anos, se encontra protegido de forma inultrapassável pela lei penal.

O limite etário dos dezasseis anos, no entanto, parece mais consentâneo com as restantes opções vertidas na lei, nomeadamente a opção consagrada em sede de interrupção voluntária da gravidez, quando admitida por lei. Esta é uma decisão que cabe à menor com

¹⁷ Neste sentido, ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, «Do consentimento dos menores para a realização de actos médicos terapêuticos», *cit.*, p. 136.

¹⁸ Guilherme de Oliveira entende que “[e]ste é, pois, mais um domínio em se protege o menor, respeitando a sua autonomia”. GUILHERME DE OLIVEIRA, «Protecção de Menores. Protecção Familiar», *cit.*, p. 274.

¹⁹ Também André Dias Pereira refere que o livre acesso dos menores a centros de saúde em sede de consultas de planeamento familiar, “com garantia de confidencialidade, garante maior liberdade aos adolescentes relativamente a uma autónoma autodeterminação nos cuidados de saúde, nomeadamente nos que se prendem com a saúde reprodutiva”. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, *cit.*, p. 310.

²⁰ Referindo que o respeito pelo direito à privacidade do menor apresenta a vantagem de incentivar os jovens a procurar ajuda médica quando necessitam, em virtude desta garantia de confidencialidade, ANA AMORIM, «O consentimento informado de menores; reflexões críticas sobre a lei actual», *Lex Medicinæ*, Ano 8, n.º 15 (2011), p. 119.

mais de dezasseis anos, escapando ao âmbito das responsabilidades parentais, nos termos do art. 142.º, n.º 5, do CP²¹.

Enfim, fomos dando conta de situações em que a lei reconhece campos de autonomia ao menor, chegando mesmo a reconhecer-lhe verdadeiras maioridades especiais. Entremos, agora, no cerne da questão, ou seja, na capacidade do menor para consentir em actos médicos.

2.3. Os actos médicos enquanto violações da integridade física; o consentimento do menor

A primeira coisa a ter em conta quando se discute uma intervenção médica é o facto de esta, geralmente, significar uma violação da integridade física do paciente. Seja quando vamos ao dentista reparar uma cárie, seja quando fazemos quimioterapia para tratar um cancro, seja quando, após um acidente, estando nós inconscientes, recebemos uma transfusão de sangue que salva a nossa vida. Em todos estes exemplos se verifica a violação da nossa integridade física.

O direito à integridade física é um direito fundamental, constitucionalmente consagrado, e que encontra a sua expressão no Código Civil no art. 70.º, n.º 1, enquanto direito de personalidade²². No entanto, em todos estes exemplos, a ilicitude que derivaria do acto de

²¹ André Teixeira dos Santos entende que se “trata (...), no fundo, de reflectir o sistema de autodeterminação sexual existente no próprio CP e no CC”. ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, «Do consentimento dos menores para a realização de actos médicos terapêuticos», *cit.*, p. 137.

²² Sobre os direitos de personalidade em geral, v., por todos, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011 (reimpr. da edição de 1995); PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, Coimbra, Almedina, 2014 (reimpr. da edição de 2006); HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, *cit.*, pp. 422 e ss.; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 207 e ss.; ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 3.ª ed., 2012, pp. 202 e ss.; LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, *Introdução. Pressupostos da Relação Jurídica*, 6.ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2012, pp. 221 e ss.; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, pp. 35 e ss.; FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA/JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA/MANUEL HENRIQUE MESQUITA, *Código Civil Anotado*, *cit.*, pp. 103 e ss.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. I, *Introdução. As Pessoas. Os Bens*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 72 e ss.

violação do nosso direito à integridade física é afastada pelo consentimento para a prática de tais actos, nos termos do art. 340.º do CC²³ ²⁴. Cada acto individual de violação da nossa integridade física tem de ser consentido. Por isso se diz que, para ser válido, o consentimento tem de ser concreto (para além de informado, consciente, ponderado, livre e legal)²⁵. Não podemos consentir, em abstracto, qualquer acto médico que possa melhorar a nossa saúde.

Mas, a verdade, é que, muitas vezes, consentimos sem sequer nos darmos conta disso. É o caso do primeiro exemplo que apresentei. Quando vamos ao dentista tratar uma cárie, nos sentamos na cadeira e abrimos a boca, mais não estamos a fazer senão consentir tacitamente na violação da nossa integridade física. Mostramos ao dentista, pelo nosso comportamento, que consentimos no uso da broca, da anestesia, etc.

Por outro lado, se António dá entrada, inconsciente, no hospital e necessita de uma transfusão de sangue, sem a qual pode morrer, ou tem de ser operado de urgência, não há comportamento nenhum da sua parte no qual o médico possa basear-se para depreender o seu consentimento. Ainda assim, diz o n.º 3 do referido art. 340.º, do CC, que se “tem (...) por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível”, ou seja, aquela que seria de esperar que António possuísse se estivesse em condições de a formar. A doutrina chama a este consentimento, consentimento presumido. Portanto, também aqui não há ilicitude do acto médico da transfusão ou da intervenção cirúrgica em virtude de a violação da integridade física se ter dado para salvar a vida do paciente, o que é, naturalmente, do seu interesse.

²³ Neste sentido, Carlos Mota Pinto explica que “a irrenunciabilidade dos direitos de personalidade não impede a eventual relevância de um consentimento do lesado: este não produz a extinção do direito e tem um destinatário que beneficia dos seus efeitos”. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 215. No sentido de que a exclusão da ilicitude pelo consentimento (“*scienti et consentienti non fit injuria*”) se funda no princípio da autonomia da vontade (art.º 405.º do CC) e no direito, liberdade e garantia à liberdade pessoal do art.º 27.º da CRP, JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Código Civil Anotado*, Vol. I, *Parte Geral* (artigos 1.º a 396.º), Lisboa, Quid Juris, 2011, p. 451.

²⁴ Já Orlando de Carvalho entende que, no âmbito penal, a falta de consentimento do paciente não provoca a violação “do direito à integridade física mas da liberdade de vontade”. No âmbito civil, implica sempre lesão do direito à integridade física. Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pp. 211 e 214.

²⁵ Daí que não possa ser deduzido de um comportamento anteriormente observado, pois, pelo facto de a pessoa ter consentido uma vez, tal não significa que vá consentir na próxima. Sobre os requisitos do consentimento v., em geral, HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, cit., pp. 267 e ss.

No entanto, já não será assim se o paciente em questão for, por exemplo, uma Testemunha de Jeová e o médico saiba da sua oposição à transfusão de sangue. Aqui, mesmo estando inconsciente, não poderá considerar-se a existência de um consentimento presumido, visto saber-se que aquele paciente concreto, se estivesse em condições de consentir, não o faria.

Contudo, no exemplo do tratamento de quimioterapia, já se exige sempre um consentimento expresso, concreto, informado ou esclarecido. Portanto, o médico tem de informar o paciente sobre tudo o que seja relevante, para que este possa decidir de forma esclarecida sobre se consente ou não no tratamento. Desde as taxas de sucesso do tratamento, até aos seus efeitos secundários ou alternativas²⁶.

Ora, voltemos ao nosso tema: pode o menor decidir por si?

Estando em causa o exercício de direitos de personalidade e o consentimento na limitação deste exercício, afirma-se que não é necessária a existência de capacidade negocial. O que estará em causa será um consentimento tolerante, que não está sujeito aos princípios que regem a capacidade em matéria de negócios jurídicos, devendo ser dado pelo próprio menor “desde que tenha a suficiente maturidade para a avaliação das respectivas consequências”²⁷. Portanto, a pessoa em questão não tem de ser maior de idade (ou emancipada). Basta que possua uma capacidade natural para consentir. Assim, se o menor em causa tiver maturidade suficiente para “entender plenamente o significado do seu acto”²⁸, conforme a gravidade do caso concreto, poderá validamente prestar o seu consentimento.

Contudo, ainda assim, o menor continua a não poder celebrar negócios relativos à prestação de cuidados médicos, tendo aqui de intervir o seu representante legal²⁹. Curiosamente, há autores que consideram que, apesar de o menor não poder celebrar estes

²⁶ No sentido de que no caso de experiências terapêuticas não pode haver lugar ao consentimento presumido nem ao tácito, ou seja, entendendo que o consentimento terá de ser forçosamente expresso e só será “válido e eficaz se for devidamente esclarecido, se tiverem sido tomadas todas as possíveis medidas de segurança e se a experiência em si não for contrária à ordem pública”, v. HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, cit., p. 270.

²⁷ Orlando de Carvalho afirma, também, que é esta “a doutrina que defende o Código Penal vigente” (art.º 38.º, n.º 3). Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pp. 205 e 206.

²⁸ Neste sentido, v., por exemplo, HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, cit., p. 270. Em sentido inverso, defendendo que só os maiores ou menores emancipados podem consentir na produção de uma lesão, exigindo capacidade negocial e não apenas uma mera capacidade natural, JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Código Civil Anotado*, cit., p. 452.

²⁹ ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pp. 205 e 206.

negócios por acto próprio, poderá realizá-los em seu interesse como representante voluntário dos seus pais, uma vez que o procurador não necessita de possuir capacidade de exercício (cfr. art. 263.º)³⁰. No entanto, esta utilização do instituto da representação voluntária defraudaria o regime da menoridade, pelo que consideramos que não deverá admitir-se. O art. 263.º, simplesmente, não foi pensado para estes casos.

A posição da doutrina no sentido de admitir o consentimento tolerante do menor vai de encontro ao art. 1878.º, n.º 2, quanto a reconhecer-se-lhe autonomia relativamente a alguns actos pessoais. Daí que não seja difícil admitir a validade do consentimento tácito prestado por um rapaz de dez ou onze anos que, após ter ido umas vezes com os pais ao dentista, colocar um aparelho, agora já vá sozinho. Os pais terão ajuizado da capacidade do menor em questão, deixando-o ir sozinho a consultas de rotina.

Na verdade, podemos aplicar analogicamente o art. 127.º, n.º 1, al. b), que, como vimos, determina um caso de excepcional capacidade do menor para a prática de actos patrimoniais, também a actos de natureza pessoal de pequena importância, que já se foram tornando parte da vida corrente do menor e para os quais este possua capacidade natural³¹. Desta forma, encontramos uma base legal civil para fundamentar uma excepcional capacidade do menor para consentir em actos médicos e de enfermagem de pequena importância (cabendo aqui, nomeadamente, os primeiros socorros prestados na escola, como, por exemplo, a desinfeção de uma ferida)³².

No entanto, a situação complica-se quando saímos do âmbito destes actos de relevância reduzida.

³⁰ GERALDO ROCHA RIBEIRO, «Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)», *Lex Medicinæ*, ano 7, n.º 14 (2010), p. 128.

³¹ GUILHERME DE OLIVEIRA, «O acesso dos menores aos cuidados de saúde», in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 231. No mesmo sentido, ROSA CÂNDIDA MARTINS, «A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento», *cit.*, p. 821. Também nós entendemos que o menor com suficiente maturidade poderá recorrer a um médico ou advogado, caso estes actos possam enquadrar-se na sua excepcional capacidade nos termos do art.º 127.º, n.º 1, al. b). Cfr. o nosso SÓNIA MOREIRA, «A autonomia do menor no exercício dos seus direitos», *cit.*, p. 188.

³² Neste sentido, ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, «Do consentimento dos menores para a realização de actos médicos terapêuticos», *cit.*, p. 149, onde o autor afirma que se o legislador, nestes casos, admite capacidade ao menor no domínio patrimonial, por maioria de razão terá de o fazer neste domínio pessoal.

Se se tratar de um menor que dá entrada no hospital inconsciente, necessitando de uma transfusão de sangue, também não se levantarão problemas. O consentimento presumido aplicar-se-lhe-á. Mas e se este menor for, por exemplo, uma Testemunha de Jeová? Aqui há interesses conflituantes. Se o menor em questão fosse um adulto e estivesse consciente, a transfusão não poderia realizar-se contra a sua vontade. Mas aqui temos um menor e é preciso distinguir o seguinte: o menor pode já ter atingido os dezasseis anos – idade a partir da qual a lei lhe reconhece uma maioridade especial em termos religiosos (art. 1886.º) – ou não.

Na segunda hipótese, se estamos perante um menor com menos de dezasseis anos, é aos pais que cabe decidir sobre a sua orientação e educação religiosa. No entanto, como a decisão negativa dos pais vai contra aquilo que se entende ser o superior interesse do menor (dar-lhe as melhores hipóteses de sobrevivência), em caso de se não poder recorrer ao tribunal em tempo útil para contrariar a decisão dos pais, através de providências limitativas do exercício das responsabilidades parentais (nos termos dos arts. 1918.º do CC³³), tem-se entendido que o médico pode (ou deve!) realizar a intervenção médica³⁴, funcionando o consentimento presumido³⁵. É que as responsabilidades parentais estão funcionalizadas ao interesse do menor e o interesse *objectivo* do menor é que seja salvaguardado o seu direito à vida, à saúde e à integridade física e psíquica. Os pais não podem colocar em risco o menor³⁶ por entenderem que o seu interesse subjectivo será outro. É que se trata de uma decisão pessoalíssima (optar por morrer ou por colocar a sua vida em

³³ Caso não haja urgência na intervenção, deve, então, recorrer-se ao tribunal. O Ministério Público intentará uma acção de limitação do exercício das responsabilidades parentais e pedirá que a criança seja entregue aos cuidados da instituição hospitalar até ser removido o perigo para a sua vida ou saúde. Cfr. ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, «Do consentimento dos menores para a realização de actos médicos terapêuticos», *cit.*, p. 147.

³⁴ ROSA CÂNDIDA MARTINS, «A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento», *cit.*, p. 815 e 824, onde refere, ainda, o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 8/91, de 16 de Janeiro de 1992, que entendeu que, tendo o médico esclarecido os pais da indispensabilidade da intervenção médica, ficaria legitimado para agir no interesse da criança para evitar consequências graves para a sua vida ou saúde. No mesmo sentido, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, *cit.*, p. 323 e 324.

³⁵ ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, «Do consentimento dos menores para a realização de actos médicos terapêuticos», *cit.*, p. 146.

³⁶ Ana Amorim entende que também é legítimo limitar-se as responsabilidades parentais dos pais quando estes optam por recorrer a medicinas alternativas e abandonam o tratamento médico prescrito, no caso de esta decisão colocar em grave risco a saúde (e, no limite, a própria vida) do menor. Cfr. ANA AMORIM, «O consentimento informado de menores; reflexões críticas sobre a lei actual», p. 125.

risco em nome das suas crenças religiosas) que os pais não poderão tomar pelos filhos. Só cada um poderá decidir por si, desde que tenha capacidade para isso^{37 38}.

Ora, em princípio, será o que sucede na primeira hipótese. Se o menor atingiu os dezasseis anos, realizar a transfusão de sangue contrariamente à sua vontade, expressamente manifestada e consciente dos riscos, seria negar a sua liberdade religiosa. Se o menor com mais de dezasseis anos não consentir a transfusão de sangue depois de ter sido devidamente informado sobre os riscos de a recusar, *em princípio*, deveria ser tratado como um adulto. Não me baseio só na sua maioridade religiosa para afirmar a sua capacidade para negar o consentimento neste caso específico. É preciso olharmos para o quadro geral da capacidade do menor para consentir em actos médicos.

A norma aqui em questão, agora, é o art. 38.º, n.º 3, do CP. Esta norma estabelece o regime geral sobre o consentimento em sede penal, determinando que o consentimento exclui a ilicitude do acto desde que o menor em causa tenha mais de dezasseis anos e possua “o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta”. Assim, caso o consentimento do menor seja válido e eficaz, respeitando os requisitos desta norma, o médico ou a pessoa legalmente autorizada que proceda a intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos consentidos já não pratica o ilícito criminal previsto no art. 156.º do CP, denominado “intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários” e tipificado como um crime contra a liberdade pessoal. Ora, na falta de uma norma especial no Código Civil que preveja a possibilidade de os menores, em determinadas circunstâncias, possuírem capacidade para consentir na violação da sua integridade física no âmbito do Direito Civil (ao contrário do que sucede, por exemplo, no CC de Macau³⁹ ou em outras

³⁷ Referindo, ainda, que se os pais recusarem a transfusão sanguínea “por motivos religiosos estão a professar a sua religião e não a da criança, não se podendo falar sequer em conflito de direitos – o direito à vida/integridade física versus liberdade de religião”, ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, «Do consentimento dos menores para a realização de actos médicos terapêuticos», *cit.*, p. 146.

³⁸ Neste contexto, afirmando que a autorização dos pais não se funda no exercício da autodeterminação do menor, mas no exercício das suas responsabilidades parentais (no “exercício do seu poder-dever de velar pela sua saúde”), ROSA CÂNDIDA MARTINS, «A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento», *cit.*, p. 813.

³⁹ O art.º 69.º do CC de Macau possui a seguinte redacção (cfr. <http://bo.io.gov.mo/bo/i/99/31/codcivpt/codciv0001.asp#l1>, consultado em 14 de Julho de 2017):

“Artigo 69.º (Limitação voluntária dos direitos de personalidade)

ordens jurídicas⁴⁰), a doutrina maioritária entende que o critério será desentranhado da norma do art. 38.º, n.º 3, do CP^{41 42}, devendo esta norma considerar-se válida nos restantes

1. Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se disser respeito a interesses indisponíveis, se for contrária aos princípios da ordem pública ou se for contrária aos bons costumes.

2. Ressalvados os casos previstos no número anterior, e sem prejuízo de disposição em contrário, a limitação voluntária dos direitos de personalidade é eficaz se nela consentir maior de 14 anos que possua o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta.

3. Ainda que o menor não tenha 14 anos, o consentimento do representante legal não é eficaz se for prestado com a oposição do menor, contanto que este possua o discernimento referido no número anterior. (...)”.

Assim, como vemos, o CC de Macau permite aos menores com mais de 14 anos, com discernimento suficiente para tal, consentir na prática de actos médicos; admite, ainda, um “direito de veto” dos menores com idade inferior aos 14 anos, caso possuam maturidade para avaliar o seu sentido e alcance. Cfr. Paulo Mota Pinto, «Os direitos de personalidade no Código Civil de Macau», *apud* ROSA CÂNDIDA MARTINS, «A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento», *cit.*, p. 820.

⁴⁰ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, *cit.*, pp. 291 a 302, apresenta um estudo muito interessante sobre a questão do consentimento dos menores para actos médicos em várias ordens jurídicas. O autor conclui que em quase todos os países está consagrada uma maioria especial para cuidados de saúde, que vai desde os 12 até aos 16 anos, nuns casos exigindo a avaliação concreta da capacidade de discernimento do menor, noutros, não. Dá-nos, ainda, conta da existência de alguns países que prescindem do critério da idade, avaliando apenas em concreto a capacidade do menor para consentir. *Idem*, pp. 291 a 302.

Também Rosa Cândida Martins explica que os direitos anglosaxónicos são mais conscientes da necessidade de consagração de uma “maioridade relativa aos cuidados médicos” do que os sistemas continentais; dá, ainda, o exemplo diferente da Holanda, que, na sua lei que regula o contrato de prestação de serviços médicos, atribui ao menor com mais de 16 anos a capacidade para consentir autonomamente; esta lei presume (sendo esta uma presunção ilidível) que os menores entre os 12 e os 15 anos possuem, ainda, discernimento, pelo que estabelece um sistema de “dupla autorização” (não só dos pais como dos próprios menores, a quem a lei reconhece um direito de veto). ROSA CÂNDIDA MARTINS, «A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento», *cit.*, p. 818.

⁴¹ V., p. exemplo, ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, *cit.*, pp. 205 e 206.; GUILHERME DE OLIVEIRA, «O acesso dos menores aos cuidados de saúde», *cit.*, pp. 227-230; FIGUEIREDO DIAS/SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, separata do BMJ, 1984, p. 38; JOÃO VAZ RODRIGUES, *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 203; CAPELO DE SOUSA, *Direito Geral de Personalidade*, *cit.*, p. 412, n. 1040.

⁴² Discordando desta doutrina, ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, «Do consentimento dos menores para a realização de actos médicos terapêuticos», *cit.*, pp. 138 e 139. O autor entende existir incoerência, uma vez que se aceita que o menor possui capacidade para consentir nas intervenções médicas – acto pessoalíssimo - mas se nega que este tenha capacidade para celebrar os negócios jurídicos que a estas conduzem (nomeadamente, no que toca à sua vertente patrimonial), pois o menor não pode administrar o seu património, “mesmo que tenha maturidade suficiente para o fazer”. O autor considera que “em matéria de consentimento para a prática de actos médicos, não se pode transpor para a ordem jurídica civil, sem mais, o critério vertido no n.º 3 do art.º 38.º do CP” (cfr. *op. cit.*, p. 140), sendo necessário proceder a uma interpretação da ordem jurídica no seu todo para tentar aferir da existência de uma regra a este respeito. O autor conclui que “[c]onjugando a cláusula de progressiva autonomia contida no art.º 1878.º, n.º 2, do CC, com o conteúdo das responsabilidades parentais e as características dos ‘direitos pessoalíssimos’ que estão em causa no consentimento na realização de actos médicos (...), na falta de norma expressa, que o legislador reconhece, dentro de certos moldes, capacidade ao menor para dispor do seu próprio corpo caso tenha maturidade suficiente para compreender o que está em causa e as consequências da intervenção médica”, embora reconheça sempre “[c]omo limite mínimo inultrapassável dessa capacidade” os dezasseis anos de idade, devido à norma do art.º 38.º, n.º 3, do CP. ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, «Do consentimento dos menores para a realização de actos médicos terapêuticos», *cit.*, pp. 141 e ss., em especial, p. 147.

planos do sistema “por referência ao princípio da unidade do sistema jurídico”⁴³, já que também não existe uma norma especial em legislação avulsa que regule a capacidade dos menores para consentir em actos médicos^{44 45}.

Nestes termos a lei penal dá relevância ao consentimento do menor desde que estejam preenchidos dois requisitos: que o menor tenha mais de dezasseis anos; que o menor possua capacidade natural para consentir. São dois requisitos cumulativos, o que significa que não basta atingir a idade dos dezasseis anos para se adquirir automaticamente uma maioria especial no que toca à possibilidade de consentir em actos médicos, ao contrário do que poderia pensar-se ao ler a expressão “maioridade especial” utilizada por alguma doutrina neste contexto⁴⁶. É necessário, ainda, ao médico avaliar casuisticamente se o menor com mais de dezasseis anos está em condições de consentir. Na verdade, há autores que afirmam mesmo que “o critério decisivo é a concreta avaliação que o médico leve a cabo sobre a

⁴³ ROSA CÂNDIDA MARTINS, «A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento», *cit.*, p. 828.

⁴⁴ É possível encontrar duas iniciativas legislativas neste âmbito, mas ambas caducaram sem terem dado frutos. Tanto o Projecto de Lei n.º 413/XI/2.^a – Direitos dos doentes à informação e ao consentimento informado – como o Projecto de Lei n.º 788/X – Direitos dos doentes à informação e ao consentimento informado – do Grupo Parlamentar do PS), nos seus arts. 12.º e 13.º, respectivamente, previam o direito de os jovens, a partir dos doze anos, serem informados na medida das suas capacidades, devendo a sua opinião ser tida em conta em função da sua idade e do seu grau de maturidade; a partir dos dezasseis anos, estes projectos reconheciam ao jovem o direito de consentir ou dissentir, a não ser nos casos de risco elevado de incapacidade grave ou de morte, para os quais seria necessária a autorização dos respectivos representantes legais (salvo o direito de veto pelo jovem). A fundamentação do Projecto de Lei n.º 413/XI/2.^a refere que “[r]elativamente aos jovens com mais de dezasseis anos e amadurecimento psicológico, prevê-se, na esteira do Código Penal, a possibilidade de estes prestarem o consentimento informado para a prática de actos médicos, embora nos casos mais graves se adopte um regime em que a decisão seja acompanhada pelos titulares das responsabilidades parentais” (sublinhado nosso). Cfr. <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a4c33526c6548527663793977616d77304d544d7457456b755a47396a&fich=pjl413-XI.doc&Inline=true>, e <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c316776644756346447397a4c334271624463344f4331594c6d527659773d3d&fich=pjl788-X.doc&Inline=true>, ambos consultados em 17 de julho de 2017.

⁴⁵ Na sequência dos debates levados a cabo no Parlamento sobre consentimento informado, acabou por ver a luz apenas o regime jurídico das Directivas Antecipadas de Vontade e do Testamento Vital (Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho), mas, relativamente a estas, a lei apenas prevê capacidade aos maiores de idade.

⁴⁶ Apesar de, por exemplo, André Dias Pereira, Rosa Cândida Martins e Guilherme de Oliveira utilizarem aqui a expressão “maioridade especial”, a verdade é que não deixam de sublinhar que o “legislador português optou por (...) um compromisso”, pois temperou o “critério estático da fixação de uma determinada idade (...) com o critério dinâmico da capacidade de discernimento de cada adolescente em concreto”. Cfr. ROSA CÂNDIDA MARTINS, «A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento», *cit.*, p. 820.

capacidade para consentir do menor”⁴⁷. Esta maturidade não se pode presumir só porque o menor atingiu a barreira dos dezasseis anos de idade⁴⁸. Obviamente, dependerá do menor em questão. Há menores que amadurecem mais cedo, muitas vezes em virtude de, tendo passado a sua vida em hospitais, terem contactado demasiado cedo com uma realidade dura e exigente em termos emocionais, convivendo maioritariamente com adultos. Mas também há o inverso. No entanto, não há como negar que a barreira temporal estabelecida pelo legislador é a dos dezasseis anos, em coerência com aquilo que vimos ter sido a opção quanto à sua autodeterminação sexual e relativamente à possibilidade de proceder a uma interrupção voluntária da gravidez.

A actual redacção desta norma do CP decorre de uma alteração realizada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro. Na redacção anterior, o limite etário era o dos catorze anos, também temperado pela necessidade de se averiguar casuisticamente da capacidade natural do menor. A exposição de motivos da proposta de Lei n.º 98/X afirmava que as crianças com catorze e quinze anos não deviam poder consentir nestas ofensas à sua integridade física; por outro lado, justificava esta alteração com a necessidade de garantir uma maior protecção da criança no âmbito dos crimes contra a liberdade e auto-determinação sexual de menores, seguindo as recomendações da União Europeia neste sentido⁴⁹.

No entanto, esta alteração foi criticada por alguns autores, que entenderam que a subida do limite etário, ainda que por razões de coerência atendendo às restantes opções no quadro da unidade do sistema jurídico, vinha diminuir a autonomia do menor, impedindo menores de catorze e quinze anos com capacidade natural da possibilidade de decidir por si⁵⁰. Com

⁴⁷ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., p. 319, onde afirma, ainda, que esta avaliação concreta da capacidade do menor deve atender à gravidade da intervenção, à maturidade do menor, ao grau de autonomia que tem na sua vida em geral e ao domínio ou experiência que tem da doença e da relação clínica em particular, etc. É de notar que o autor se referia, no entanto, na época, ao regime legal anterior, em que a barreira temporal era a dos catorze anos.

⁴⁸ No sentido de que é ao médico que cabe o ónus de provar que o menor possuía capacidade natural para consentir no acto médico, nos termos gerais (art.º 342.º, n.º 2, do CC), ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, «Do consentimento dos menores para a realização de actos médicos terapêuticos», cit., p. 148. Aparentemente em sentido inverso, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., p. 318, embora a n. 725 pareça contradizer a tomada de posição do corpo do texto.

⁴⁹ Cfr. GERALDO ROCHA RIBEIRO, «Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)», op. cit., p. 125.

⁵⁰ Por exemplo, ANA AMORIM, «O consentimento informado de menores; reflexões críticas sobre a lei actual», p. 117. A autora afirma não compreender a decisão do legislador em aumentar o limite etário dos 14

o devido respeito, cremos que a opção da lei foi a mais correcta. Questões como esta são terrivelmente complexas. Por exemplo, por um lado, temos o interesse subjectivo do menor, que pode querer interromper os tratamentos de quimioterapia que está a fazer por preferir desistir e viver o pouco que lhe resta com alguma qualidade de vida; por outro, o interesse dos pais, que amam os seus filhos, que entendem ser quem melhor os conhece e quem está em melhores condições de decidir o que é melhor para eles e que, além disso, não estão dispostos a deixá-los desistir⁵¹; por outro lado, ainda, temos a sociedade em geral, o interesse público de protecção das crianças e dos incapazes, etc. Temos, por seu turno, que considerar, também, a situação difícil do próprio profissional de saúde, a quem podem ser assacadas responsabilidades se considerar erradamente estar perante um menor com capacidade natural para consentir. Por uma questão de segurança, há-de ser estabelecido um limite etário. E este limite tem de considerar a média. Em regra, parece mais consensual reconhecer uma capacidade para consentir em actos médicos de relevo a partir dos dezasseis anos. Para aí apontam a maior parte das leis que exploramos quando demos exemplos de casos em que a lei reconhecia autonomia aos menores. Para os actos médicos e intervenções menores, uma aplicação analógica do art. 127.º, n.º 1, al. b), permitirá reconhecer capacidade para consentir ao menor com menos de dezasseis anos que possua capacidade natural.

Há, no entanto, autores que entendem que a capacidade para consentir em atos médicos, reconhecida no referido art. 38.º, n.º 3, do CP, só diria respeito ao assentimento do menor, mas não ao seu dissentimento. Ou seja, que o menor terá capacidade para consentir, para permitir que a sua integridade física seja violada, mas não para discordar, para impedir que

para os 16 anos de idade, considerando que se verifica um “desenvolvimento da sociedade e o amadurecimento precoce dos jovens”. No entanto, não fundamenta doutrinal ou cientificamente este seu entendimento. Por outro lado, afirma ainda que não aceita “que haja um retrocesso nos direitos atribuídos aos menores” e que a uniformização feita não devia ter sido pela revisão de 2007 do CP, mas através de alteração das leis avulsas. *Idem*, p. 126. A autora defende que o limite deveria voltar a descer para os 14 anos, não excluindo a possibilidade de nova descida (para os 12 anos), no futuro, atendendo ao facto de considerar que “os menores adquir[em] maturidade cada vez mais cedo”, embora sempre em conjugação com o critério da capacidade natural, visto serem pressupostos cumulativos para que o consentimento seja válido e eficaz. *Idem*, p. 127.

⁵¹ É preciso, no entanto, estar atento para que esta natural tendência dos pais para a “defesa” da sobrevivência das crianças não vá ao ponto de lhes fazer submeter o menor a tratamentos fúteis ou que se limitem a adiar o inevitável, por vezes até à custa do seu sofrimento. Aqui deve ser chamada a intervenção do tribunal, que há-de decidir de acordo com o superior interesse da criança. Neste sentido, v., também, ANA AMORIM, «O consentimento informado de menores; reflexões críticas sobre a lei actual», p. 124.

determinada intervenção médica, necessária para assegurar a sua saúde, ou a sua vida, possa realizar-se⁵². Compreende-se que se tenha a tentação de proteger o menor – o interesse objectivo do menor, que será salvaguardar-se a sua vida e a sua saúde, através da realização do tratamento, da intervenção cirúrgica ou da transfusão de sangue – contra as decisões que ele próprio possa tomar e que vão contra este interesse objectivamente considerado. Há, ainda, autores que não vão tão longe, mas afirmam que se um menor que não consente na realização de actos médicos necessários, mesmo após ter sido devidamente esclarecido das consequências da sua recusa (nomeadamente tendo-se socorrido o médico da ajuda dos pais para o convencer do contrário), provavelmente dará indícios de que, afinal, não possui capacidade natural para decidir, pelo que a sua recusa deverá ser afastada, passando a ser os pais a decidir em seu lugar⁵³. Afirmam que se deve exigir ao menor que queira dissentir um grau de competência superior àquele que é exigível para o consentimento, “pois o jovem tem de entender a provável irreversibilidade da sua decisão, assim como a possibilidade de consequências graves fundamentadas na sua recusa”⁵⁴.

Não podemos deixar de manifestar a nossa estranheza relativamente a estas posições. Então entendemos que o menor tem capacidade para decidir enquanto ele decidir aquilo que achamos ser correcto, mas retiramos-lhe a possibilidade de o fazer assim que manifesta uma posição diferente da nossa?

Há que reconhecer o seguinte: ou o menor tem capacidade natural para decidir, ou não tem. Se tem mais de dezasseis anos e lhe reconhecemos capacidade natural para dizer que

⁵² No sentido de que da norma do art.º 38.º, n.º 3, não poderia “retirar[-se], de forma segura, que o legislador previu também uma situação de maioria especial para a recusa, pelo que, na dúvida, deve prevalecer a incapacidade”, ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, «Do consentimento dos menores para a realização de actos médicos terapêuticos», *cit.*, p. 153. Trata-se, segundo o autor, de uma solução de favor *vitae salutis*. *Idem*, p. 155. Em sentido contrário, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, O consentimento informado na relação médico-paciente, *cit.*, pp. 320 a 322. e GERALDO ROCHA RIBEIRO, «Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)», *cit.*, p. 126.

⁵³ ANA AMORIM, «O consentimento informado de menores; reflexões críticas sobre a lei actual», p. 128.

⁵⁴ ANA AMORIM, «O consentimento informado de menores; reflexões críticas sobre a lei actual», p. 119. A autora refere, ainda, que só poderá ser considerado válido o dissentimento do menor que se tenha baseado na consideração dos riscos, consequências e efeitos secundários do procedimento médico, mas já não se este se baseou exclusivamente no medo do menor em submeter-se-lhe. É estranha esta ideia, porque ao adulto não se lhe retira a possibilidade de decidir, ainda que o que tenha pesado na sua decisão tenha sido o medo – respeita-se a sua auto-determinação, porque a pessoa “está no seu direito” de recusar o tratamento médico, desde que, obviamente tenha capacidade para avaliar a situação.

sim, temos de respeitar a sua decisão se disser que não. Se o não fizermos, na prática, estamos a negar-lhe capacidade alguma⁵⁵.

Finalmente, uma coisa é o menor ter capacidade de consentir por si em actos médicos, outra questão é poder passar-se por cima da vontade do menor mesmo que não caiba a este consentir. Há doutrina que afirma que a regra estabelecida no n.º 4 do art. 8.º da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, relativa à colheita e transplante de órgãos e outras substâncias, se aplica em geral a todas as limitações aos direitos de personalidade dos menores⁵⁶. Como vimos, nos termos desta norma, “a dádiva e colheita de órgãos, tecidos ou células de menores com capacidade de entendimento e de manifestação de vontade carecem também da concordância destes”. Assim, tratando-se de menor que ainda não tenha dezasseis anos de idade, mas já tenha capacidade de entendimento e de manifestação da vontade, apesar de não poder consentir por si, possuirá um “direito de veto”.

Pensamos que esta norma faz pleno sentido no caso da colheita de órgãos e outras substâncias. Também entendemos que faz todo o sentido nos casos de aborto. Pelo facto de a menor não ter capacidade para consentir por si na prática de aborto, tendo de ser os seus pais a autorizar o procedimento médico em seu lugar, isso não significa que esta possa ser obrigada a abortar contra a sua vontade. Aqui não está em causa a saúde, a vida ou a integridade física da menor. Além disso, como vimos, a nossa lei vai reconhecendo, progressivamente, campos de autonomia ao menor e o direito a ser ouvido e a ver a sua opinião ser tomada em conta. Permitir aos pais fazer tábua rasa da decisão da menor de levar a gravidez a bom termo poderia ter repercussões sérias, nomeadamente na integridade psíquica da menor. Além disso, está em causa também a vida da criança que está a ser gerada, o que significa que podem levantar-se aqui questões mais complicadas do que a

⁵⁵ No mesmo sentido, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., p. 322, onde o autor afirma que, na ponderação entre os vários interesses em jogo, opta pela autonomia do menor maduro e pela livre realização da sua personalidade; contudo, não deixa de defender que, em casos limite (de recusa de tratamentos vitais), justificar-se-à “uma atitude de especial exigência na avaliação da capacidade para consentir. Mas especial exigência não significa que se admita uma ‘falsificação’ da incapacidade”.

⁵⁶ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 215, n. 233.

mera questão do consentimento para a intervenção médica no corpo da menor⁵⁷. Por tudo isto, não creio que os pais possam forçar esta menor a abortar, se não estiver em causa a sua saúde⁵⁸. Mas e se estiver?

Entender que o direito de veto do menor⁵⁹ consagrado no art. 8.º, n.º 4, da Lei n.º 12/93, se aplica em todos os outros actos médicos pode tornar-se problemático. O interesse objectivo do menor (sobreviver) pode colidir com o seu interesse subjectivo. Imaginemos o caso de um menor com dez anos que tem gangrena numa perna, precisando de a amputar. Os pais, aconselhados pelos médicos neste sentido, autorizam a amputação, mas o menor em questão opõe-se, porque não quer viver sem perna. Tem direito de veto? Talvez possamos dizer que ainda é muito novo, que seguramente não entende ou não valora devidamente as consequências da sua não concordância e, portanto, não existirá o direito de veto previsto na norma. Mas e se este tiver quinze anos?

Creemos que nestes casos, ainda assim, não existirá direito de veto⁶⁰. A lei estabeleceu o marco dos dezasseis anos por alguma razão. Quando se tratar de um caso-limite como os aqui considerados e estiver em causa o interesse objectivo do menor de dezasseis anos, a decisão caberá aos pais, embora estes devam ter em consideração a opinião do menor, nos termos do art. 1878.º, n.º 2. Deve, no entanto, como vimos atrás, equacionar-se, também, a hipótese de recurso ao tribunal, caso a decisão dos pais não vá de encontro ao interesse objectivo do menor; na impossibilidade de este recurso poder fazer-se em tempo útil, ou

⁵⁷ É de referir ainda a possibilidade de o pai do nascituro querer opor-se ao aborto. Pedro Pais de Vasconcelos considera incompatível com o direito do pai à paternidade e com o princípio da igualdade do pai e da mãe a desconsideração da oposição do pai ao aborto, não sendo justificável a sua exclusão sobre esta decisão. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil, cit.*, p. 56.

⁵⁸ Defendendo, igualmente, um direito de veto da menor com capacidade de discernimento (maxime entre os 14 e os 16 anos) caso os representantes legais queiram que esta aborte contra a sua vontade, “como garantia de dignidade” e com “fundamento supra-legal no direito à integridade física (art.º 25.º CRP e com certa refracção no direito à vida, previsto no art.º 24.º CRP)”, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente, cit.*, p. 312.

⁵⁹ Distinguindo três grupos de direitos de veto e uma diferente capacidade para vetar, *idem*, pp. 331 e ss., onde o autor, explica, também, que não deve confundir-se o veto com “as reacções instintivas de defesa (...) como por exemplo, medo de agulhas compridas, de brocas de dentista, etc. Este tipo de reacções não pode ser aceite como uma declaração de veto, sob pena de não se cumprirem os deveres de assistência (*Fürsorge*) dos incapazes”.

⁶⁰ Pensamos que seguirá também neste sentido, entendendo que a criança terá um direito de oposição aos tratamentos médicos, desde que esta não faça perigar gravemente a sua vida ou saúde, ROSA CÂNDIDA MARTINS, «A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento», *cit.*, p. 824 e 825.

seja, havendo urgência, deve prevalecer o interesse objectivo do menor nos termos já descritos.

2.4. Conclusões

Em suma, pensamos que o menor com mais de dezasseis anos pode consentir por si na realização de actos médicos, desde que o médico comprove a existência de capacidade natural nesse sentido.

Caso estejamos perante um menor com menos de dezasseis anos, mas que possua capacidade natural, se estivermos perante actos médicos ou intervenções menores, uma aplicação analógica do art. 127.^o, n.^o 1, al. b), conceder-lhe-á capacidade para consentir; nas intervenções de maior envergadura, o menor não poderá consentir. Ainda assim, o menor com menos de dezasseis anos deverá ser ouvido e a sua opinião deverá ser tida em conta na tomada de decisão por parte dos pais, sendo que quanto mais maturidade possua o menor, mais esta opinião deverá ser valorizada, nos termos do que determina o art. 1878.^o, n.^o 2. Assim, concordamos com a doutrina que afirma que “[o] poder de decisão conferido aos pais não se pauta apenas por critérios objectivos concretizadores do interesse superior da criança, igualmente têm de ser tidos em conta os seus interesses superiores subjectivos”, em concordância com o determinado na Convenção dos Direitos da Criança (art. 12.^o) e na Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (art. 6.^o)⁶¹. Igualmente neste sentido segue a Lei de Bases dos Cuidados Paliativos, que determina na sua Base V (Direitos dos doentes), n.^o 4, que “[a]s crianças, os adolescentes e as pessoas incapacitadas sob tutela têm o direito de expressar a sua vontade e essa vontade deve ser considerada pelo médico”⁶².

3. Resposta às questões colocadas

⁶¹ GERALDO ROCHA RIBEIRO, «Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos», *cit.*, p. 129.

⁶² Disponível para consulta em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/174841/details/normal?q=Lei+n.%C2%BA%2052%2F2012>, consultado em 17 de julho de 2017. O n.^o 3 da Base V ainda refere que “[o]s menores e maiores sem capacidade de decisão não podem tomar, sozinhos, decisões relativas aos cuidados paliativos”.

Penso que estamos, agora, em condições de responder aos casos que coloquei no início desta exposição:

- Pode um rapaz de catorze anos decidir que não quer continuar com o tratamento de quimioterapia que faz há anos por estar cansado de sofrer e preferir morrer?

Não pode. Os menores necessitam de atingir pelo menos a idade de dezasseis anos para poder decidir por si relativamente a actos médicos de relevo. Terão de ser os seus pais a decidir, embora devam ter em consideração a sua vontade na medida da sua maturidade.

Poderá, ainda, colocar-se a questão de se entender que a decisão dos pais (caso estes optem por cumprir a vontade do menor e não realizar o tratamento), apesar de respeitar o interesse subjectivo do menor, viola o seu interesse objectivo. Se assim for, deverá recorrer-se ao tribunal para que este avalie a necessidade de se limitar (ou não...) as responsabilidades parentais. O tribunal terá de decidir se a vontade da família (de respeitar a vontade do menor) deve ser mantida. Haverá situações limite em que se poderá não justificar este desrespeito (caso os tratamentos se limitem a adiar o inevitável, não nos parece que o superior interesse da criança seja sobreviver em sofrimento por mais algum tempo).

- Pode uma rapariga de quinze anos abortar dentro das dez semanas em que a lei permite a interrupção voluntária da gravidez?

Não pode. Mais uma vez, a lei exige um mínimo de dezasseis anos para que o consentimento da menor em questão seja válido.

- E se ela não quiser abortar, mas os pais quiserem que ela o faça por entenderem que ela ainda não tem maturidade suficiente para ser mãe?

O art. 142.º, n.º 5, do CP, quanto à interrupção voluntária da gravidez de mulher grávida com menos de dezasseis anos, determina que o consentimento (em bom rigor, a autorização na intervenção) terá de ser prestado pelo seu representante legal. Mas uma coisa é terem de ser os pais a “consentir” no lugar de uma menor com quinze anos, quando esta quer abortar. Outra, é os pais da menor em causa pretenderem forçá-la a abortar contra a sua vontade. Entendemos que a lei não lhes reconhece esse direito.

- Pode um rapaz de dezasseis anos recusar uma transfusão de sangue por questões religiosas?

Sim. Desde que o médico comprove que o menor em questão possui maturidade suficiente, possui capacidade natural para consentir, foi informado devidamente e tomou uma decisão consciente, creio que o menor pode decidir. Mesmo que os pais estejam contra. A decisão cabe ao menor.