



Universidades Lusíada

Azenha, Paula Alexandra dos Reis, 1987-

Consentimento informado : a (in)capacidade dos menores na escolha de tratamentos médicos

<http://hdl.handle.net/11067/2246>

Metadados

Data de Publicação	2016-04-27
Resumo	Esta pesquisa aborda o tema do consentimento informado nos tratamentos médicos, em especial o consentimento dos indivíduos incapazes em razão da idade. A questão do consentimento informado é uma problemática relativamente recente que se baseia no respeito da vontade e da autodeterminação do paciente. Antes, esses princípios não eram tidos em consideração na tomada de decisão médica, já que era o médico que decidia qual o melhor interesse do paciente, mesmo que isso significasse esconder a condi...
Palavras Chave	Consentimento informado (Legislação médica) - Portugal, Menores - Portugal, Crianças - Estatuto legal, Leis, etc. - Portugal
Tipo	masterThesis
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULL-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-05-06T04:12:56Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DE LISBOA

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

**Consentimento informado:
a (in)capacidade dos menores na escolha de tratamentos médicos**

Realizado por:

Paula Alexandra dos Reis Azenha

Orientado por:

Prof. Doutor José Alberto Rodriguez Lorenzo González

Constituição do Júri:

Presidente:

Prof.^a Doutora Maria Eduarda de Almeida Azevedo

Orientador:

Prof. Doutor José Alberto Rodriguez Lorenzo González

Arguente:

Prof.^a Doutora Branca Maria Pereira da Silva Martins da Cruz

Dissertação aprovada em:

16 de Setembro de 2015

Lisboa

2015



UNIVERSIDADE LUSÍADA DE LISBOA

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

Consentimento informado: a (in)capacidade dos
menores na escolha de tratamentos médicos

Paula Alexandra dos Reis Azenha

Lisboa

Julho 2015



U N I V E R S I D A D E L U S Í A D A D E L I S B O A

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

**Consentimento informado: a (in)capacidade dos
menores na escolha de tratamentos médicos**

Paula Alexandra dos Reis Azenha

Lisboa

Julho 2015

Paula Alexandra dos Reis Azenha

Consentimento informado: a (in)capacidade dos menores na escolha de tratamentos médicos

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Lusíada de Lisboa para a obtenção do
grau de Mestre em Direito.

Área científica: Ciências Jurídico-Forenses

Orientador: Prof. Doutor José Alberto Rodriguez
Lorenzo González

Lisboa

Julho 2015

Ficha Técnica

Autora Paula Alexandra dos Reis Azenha
Orientador Prof. Doutor José Alberto Rodriguez Lorenzo González
Título Consentimento informado: a (in)capacidade dos menores na escolha de tratamentos médicos
Local Lisboa
Ano 2015

Mediateca da Universidade Lusíada de Lisboa - Catalogação na Publicação

AZENHA, Paula Alexandra dos Reis, 1987-

Consentimento informado : a (in)capacidade dos menores na escolha de tratamentos médicos / Paula Alexandra dos Reis Azenha ; orientado por José Alberto Rodriguez Lorenzo González. - Lisboa : [s.n.], 2015. - Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa.

I - GONZÁLEZ, José A.R. Lorenzo, 1965-

LCSH

1. Consentimento informado (Legislação médica) - Portugal
2. Menores - Portugal
3. Crianças - Estatuto legal, leis, etc. - Portugal
4. Universidade Lusíada de Lisboa. Faculdade de Direito - Teses
5. Teses - Portugal - Lisboa

1. Informed consent (Medical law)
2. Minors - Portugal
3. Children - Legal status, laws, etc. - Portugal
4. Universidade Lusíada de Lisboa. Faculdade de Direito - Dissertations
5. Dissertations, Academic - Portugal - Lisbon

LCC

1. KKQ3119.I54 A94 2015

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, quero agradecer ao Núcleo que integra a Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa, nomeadamente a Direção Científica, pela forma prestável e pelo profissionalismo sempre demonstrado.

Em particular ao Senhor Professor Doutor José Alberto González, orientador desta dissertação, dirijo uma enorme palavra de gratidão, pela disponibilidade, pelo apoio, e pelo modo dedicado com que sempre me acompanhou ao longo da investigação.

Agradeço, também, aos meus colegas e amigos que me ajudaram e apoiaram, seja através de uma palavra de motivação, seja no apoio e estímulo, dando-me força para fazer mais e melhor.

Ao Alexandre, por também ele me ter ajudado, especialmente por sempre me ter compreendido em horas de menor inspiração.

Por último, o meu maior agradecimento vai para os meus pais, por terem sempre acreditado nas minhas capacidades, por me terem concedido a oportunidade de alcançar os meus objetivos académicos, proporcionando-me, assim, um futuro auspicioso, e, ainda, pela compreensão e paciência incondicional que nunca lhes faltou durante estes meses de intensa reflexão e dedicação, pois sem eles teria sido uma tarefa bastante mais árdua.

APRESENTAÇÃO

Consentimento informado: a (in)capacidade dos menores na escolha de tratamentos médicos

Paula Alexandra dos Reis Azenha

Esta pesquisa aborda o tema do consentimento informado nos tratamentos médicos, em especial o consentimento dos indivíduos incapazes em razão da idade.

A questão do consentimento informado é uma problemática relativamente recente que se baseia no respeito da vontade e da autodeterminação do paciente. Antes, esses princípios não eram tidos em consideração na tomada de decisão médica, já que era o médico que decidia qual o melhor interesse do paciente, mesmo que isso significasse esconder a condição clínica atual do paciente.

Contudo, dada a evolução e o desenvolvimento da sociedade, esta situação mudou, passando, agora, o paciente a ser titular das suas escolhas, e decidir a cerca de questões relacionadas com a sua saúde, e o que pode, e o que não pode ser feito com o seu corpo.

Para que o consentimento seja considerado válido e eficaz, deve atender a certos requisitos: a capacidade, a liberdade de decisão, e a informação deve ser completa e clara, de modo a garantir e permitir que o paciente seja plenamente informado sobre o tratamento médico que estará sujeito. Só assim ele pode escolher qual será a melhor solução para sua condição médica.

Pensando nos menores como amostra que serviu para a nossa reflexão, centraremos o nosso estudo na capacidade destes para consentir. Como são considerados incapazes à luz do sistema legal português, de o fazer de forma livre e desimpedida, existe a necessidade de encontrar uma forma, para que estes sujeitos possam manifestar o seu consentimento, reconhecendo-lhes, assim, autonomia e autodeterminação para atuarem, de modo a que seus direitos e interesses sejam protegidos e salvaguardados.

Palavras-chave: Consentimento Informado, Menoridade, Capacidade, Tratamentos médicos.

PRESENTATION

Informed consent: The inability of children in choosing medical treatments

Paula Alexandra dos Reis Azenha

This research approaches the informed consent in medical treatments, particularly the consent of incapable individuals on grounds of age.

The problematic issue of informed consent that is based upon the respect of the will and self-determination of the patient, is relatively recent. Before, those principles were not taken into consideration in medical decision making, as it was the doctor who decided which were the patient best interests, even if that meant hide the patient current clinical condition.

However, given the society evolution and development, this situation has changed, and the patient have now the ability to choose and decide about his health related issues, and what can be or not be done with his body.

For the consent be valid and effective, it must meet certain requirements, such as: the ability, decision freedom, information should be clear and complete, to guarantee and allow the patient to be fully informed about the medical treatment that will be subjected. Only then he will be able to choose best solution for his medical condition.

In this sense, the problem with the underage individuals focuses on their capability to consent. As they are considered as incapable by the Portuguese legal system, there is a need to discover how these individuals manifest their consent, so that their rights and interests are protected.

Keywords: Informed Consent, Minority, Capacity, Medical Treatments

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E ACRÓNIMOS

- Ac. - Acórdão
- Apud. - Junto a
- Art.º - Artigo
- BMJ - Boletim do Ministério da Justiça
- CC - Código Civil
- CDOM - Código Deontológico da Ordem dos Médicos
- CEDHBio - Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina
- Cfr. - Confronte com
- CP - Código Penal
- CPC - Código de Processo Civil
- CRP - Constituição da República Portuguesa
- DL - Decreto-Lei
- Ed. - Edição
- FDUC - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
- I.e - Isto é
- LPCJP - Lei da Proteção de Crianças e Jovens em Perigo
- Ob. Cit. - Da obra citada
- ONU - Organização das Nações Unidas
- SS - Seguintes
- STJ - Supremo Tribunal de Justiça
- V.g. - *Verbi gratia* = por exemplo

SUMÁRIO

1. Introdução	17
2. Consentimento Informado	23
2.1. O Consentimento Informado como manifestação no ato médico	23
2.1.1. Conceito	23
2.1.2. Âmbito de aplicação do regime Jurídico das Intervenções e Tratamentos Médico-Cirúrgicos em sede de Consentimento Informado	24
2.1.3. Evolução histórica	41
2.1.4. No ordenamento jurídico português	43
3. O Menor e o Consentimento Informado na realização de tratamentos médicos	49
3.1. A validade do consentimento	49
3.1.1. Considerações gerais	49
3.1.2. Capacidade de Direito e Capacidade de Exercício	59
3.1.3. Capacidade para consentir	66
3.1.4. A crescente autonomia do menor: as “maioridades especiais”	74
3.2. O Menor enquanto sujeito autónomo	82
3.2.1. A autonomia e a autodeterminação como alicerces na dogmática do consentimento	82
3.2.2. A Informação e o Esclarecimento como requisitos para a prática do ato médico	90
3.2.2.1. O dever de informar	90
3.2.2.2. O dever de esclarecimento	99
3.3. O Dissentimento	104
3.3.1. A recusa de tratamento pelo menor	104
4. Incapacidade do Menor e modo de Suprimento dessa Incapacidade de Exercício	111
4.1. Limitações à capacidade de exercício: o menor enquanto incapaz para prestar consentimento	111
4.1.1. Suprimento da Incapacidade de Exercício do Menor	119
4.1.1.1. Formas de Suprir a Incapacidade do Menor	119
4.1.2. A Tutela	121
4.2. O Exercício das Responsabilidades Parentais na saúde do menor	122
4.2.1. Limites ao consentimento (autorização) por parte dos pais	126
4.2.2. A recusa por parte dos pais	132
5. Intervenções Médicas Invasivas – Questões Conexas	141

5.1. Intervenções Médicas.....	141
5.1.1. Colheita e Transplante de Órgãos e Tecidos de origem humana.....	141
5.1.2. Ensaios Clínicos	143
6. Conclusão	149
Referências	153
Apêndices.....	167
Lista de apêndices.....	169
Apêndice A	171

1. INTRODUÇÃO

A presente dissertação de Mestrado pretende ser uma reflexão em volta da temática do consentimento informado nos tratamentos médicos, mais especificamente no que concerne ao consentimento dado pelos menores em sede de cuidados terapêuticos.

O conceito de consentimento informado surge como uma noção que está intimamente ligada com a temática da responsabilidade civil médica, e mais precisamente às ações de responsabilidade dos médicos, devido à atividade prestada por estes, que pode ser, sobretudo, de dois tipos: ou uma ação por *má prática médica*, uma controvérsia fundada na responsabilidade por erros técnicos (*malpractice actions*)¹ ou uma ação por violação ou desrespeito dos direitos dos pacientes, sobretudo, ações por violação do consentimento informado (*informed consent actions*).

Ao longo do século XX tem-se vindo a verificar, a nível internacional, alterações nos hábitos de consumo dos cidadãos, consequência de transformações sociais e do aparecimento de uma sociedade ligada ao consumo e ao conhecimento. Foi também como consequente deste facto, que se começou a registar nos tribunais um aumento do número de litígios relacionados com a responsabilidade médica. No entanto, em Portugal, só muito recentemente - talvez a partir do início dos anos 90 - é que se começou a verificar um crescente interesse (também a nível doutrinal) por estas matérias (2) (3).

O *fenómeno* do consentimento informado deve-se sobretudo a uma mudança, ainda que lenta, da mentalidade da sociedade, assente na superação de um paradigma de paternalismo médico, em que a relação médico-paciente se situava num “plano mágico e quase religioso”⁴ e o saber do médico era praticamente incontestado pelos pacientes. No entanto, ao longo do último quarto do século XX, Portugal passou a ter uma sociedade porventura mais “receosa” e crítica, onde a relação de tendencial paridade

¹ Cfr., André Dias Pereira - Responsabilidade civil dos médicos: danos hospitalares – alguns casos de jurisprudência. *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa do Direito da Saúde*, N.º 7, 2007, pág. 53-67.

² Cfr., Jorge de Figueiredo Dias/ Jorge Sinde Monteiro - Responsabilidade médica em Portugal. *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*. N. 332 (Janeiro 1984), pág. 5 e 6.

³ Com efeito, como bem salientam Jorge de Figueiredo Dias e Sinde Monteiro, “o sentimento dominante perante o sofrimento de um dano, mesmo daqueles que atingem diretamente a própria pessoa e não apenas o seu património (como é o caso típico da responsabilidade médica), é o da resignação, não o de pedir contas ao responsável”³. Cfr., Figueiredo Dias/Sinde Monteiro – Responsabilidade médica em Portugal. *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*. N. 332 (Janeiro 1984), pág. 6 e 7.

⁴ A expressão é de André Dias Pereira - *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo de Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pág. 32.

entre o médico e o seu paciente foi melhorando⁵, passando este a ser detentor de um conjunto alargado de direitos no âmbito do exercício da medicina, de entre os quais talvez o mais importante, o direito ao consentimento informado, enquanto manifestação de um princípio da ética médica como o princípio da autonomia do paciente.

Desde a Antiguidade até aos dias de hoje, a prática médica tem-se baseado numa observação do doente e dos sintomas da doença que supõe uma relação estreita entre o médico e paciente. Nesta relação onde o doente fala de si próprio, dos seus sintomas e demais circunstâncias da sua vida, essenciais ao diagnóstico, é uma descrição necessária como meio de observação do seu caso⁶. Baseada, no entanto, numa confiança necessária entre o médico e o paciente.

Todavia, mesmo havendo uma maior proteção do indivíduo e dos seus direitos, emerge a problemática do consentimento de incapazes, mais precisamente dos menores, isto é, saber como será prestado o consentimento por estes indivíduos, já que por princípio, são considerados à luz do ordenamento jurídico português como sendo incapazes para decidir. Naturalmente que quanto a estes sujeitos, tendo em conta a sua especial vulnerabilidade, cabe à sociedade em geral, e ao legislador em particular, protegê-los contra possíveis ofensas à sua integridade física e moral, tutelando os seus direitos.

Neste sentido, o presente trabalho pretende ser uma reflexão sobre a possibilidade de os menores de idade prestarem consentimento informado em sede de cuidados médicos e tem como objetivo gizar um critério de validade que se mostre mais justo e adaptado às necessidades destes sujeitos, numa sociedade que tem valorizado o papel do menor enquanto criança e do jovem, bem como, procuramos analisar a problemática que o consentimento prestado por menor levanta na prática da medicina, pelo que, se mostra fundamental abordar o seu regime e natureza, quais as posições da doutrina jurídica e da deontologia médica sobre a temática, nomeadamente, saber quando o menor tem idade e capacidade de entendimento suficiente para consentir e, assim, entender os benefícios e consequências da intervenção médica; saber qual o procedimento a adotar para que o consentimento do menor seja considerado válido; bem como as formas de

⁵ É neste sentido que se cria um novo modelo de exercício da atividade médica, e com a entrada da relação médico-paciente no mundo dos contratos. A este respeito, é verdadeiramente revolucionária, a famosa decisão da *Cour de Cassation* do dia 20 de Maio de 1936, onde colocam médico e paciente em *igualdade de armas*, como sendo duas partes num contrato. “Forma-se entre o médico e o paciente, um verdadeiro contrato”. Cfr., André Dias Pereira - O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pág. 31, nota 38.

⁶ Cfr., Maria do Céu Rueff – O segredo médico como garantia de não discriminação. Estudo de caso: HIV/Sida. Coimbra : Coimbra Editora, 2009, págs. 61 e ss.

suprimento de incapacidade de exercício quando tal menor careça de capacidade para consentir.

Os cuidados médicos de que um menor⁷ poderá se submeter são vários, e as intervenções a que está sujeito podem ser terapêuticas ou não terapêuticas, passando por aquelas que se destinam a colocar um fim a um determinado estado – como poderá suceder com a interrupção voluntária da gravidez – ou a ajudar alguém – como será o caso dos transplantes de órgãos e tecidos humanos.

Os cuidados médicos e, em particular, as intervenções médico-terapêuticas, implicam procedimentos que afetam o corpo do paciente. A disponibilidade do bem jurídico integridade física, e portanto, a disponibilidade sobre o próprio corpo, determina a autodeterminação do indivíduo enquanto direito pessoalíssimo, cuja lesão em regra carecerá de um consentimento como forma de acordo que existe enquanto realização do bem jurídico liberdade pessoal, que legitime as intervenções levadas a cabo pelo médico ou outro profissional de saúde.

Na nossa exposição, limitar-nos-emos às intervenções médico-cirúrgicas inseridas no âmbito de previsão do artigo 150.º do Código Penal, excluídas de qualquer possibilidade de ofensa à integridade física. Contudo, como bem nos ensina Mezger⁸: “as intervenções e tratamentos que correspondem ao exercício consciente da atividade médica não constituem quaisquer ofensas corporais, mas podem ser punidos como tratamentos arbitrários”. Deste modo, para que uma intervenção ou tratamento médico-cirúrgico não sejam considerados ofensa à autodeterminação do indivíduo, carecem de consentimento, imposto pelo artigo 156.º do Código Penal.

Visto que os menores de dezoito anos são considerados pelo ordenamento jurídico português, como sendo legalmente incapazes de exercício, não lhes atribuída capacidade para prestar o necessário consentimento informado. Esta ideia merece acolhimento normativo no n.º 3 do artigo 38.º, do Código Penal, nos termos do qual, “o

⁷⁷ Apesar de a doutrina e a jurisprudência usarem, de certo modo, quase indiscriminadamente, o termo menor a par da criança, adolescente e jovem, o mesmo não acontece no CP português que aplica o conceito criança de modo mais restrito, sendo, portanto, mais rigoroso falar em menores. Assim, usaremos, preferencialmente o termo *menor*. Cfr., Ana Rita Alfaiate - A relevância penal da sexualidade dos menores, Coimbra : Coimbra Editora, 2009, pág. 23. Ainda assim, importa dar conta que a Lei n.º 147/99 de 01 de Setembro – Lei da Proteção de Crianças e Jovens em Perigo – distingue criança e jovem e a própria Constituição da República Portuguesa contem normas sobre a infância e a juventude – artigos 69.º e 70.º da CRP.

⁸ Mezger *apud* Manuel da Costa Andrade - Artigo 150.º - Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos. In Jorge Figueiredo Dias dir. - Comentário Conimbricense ao Código Penal – parte especial. Coimbra : Coimbra Editora, 1999. T. 1, pág. 302.

consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos⁹ e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta”. O que significa que os menores não detêm qualquer papel nas decisões que respeita à sua saúde, à sua integridade física, e *grosso modo*, à sua vida, antes da idade referida. Caberá aos pais, enquanto representantes legais, consentir em nome dos seus filhos. É e através do suprimento da incapacidade de exercício do menor que se procederá a esse consentimento.

Embora o legislador tenha estabelecido os 16 anos como idade mínima para que os menores tenham capacidade para decidir por si mesmos e de forma independente considerando que atingem a maioridade, crê-se que essa afirmação não se adapta aos dias que correm, principalmente quando respeita a assuntos que envolvem a disposição do seu corpo, como é o caso das intervenções e tratamentos médicos. Não é à partida razoável pensar, que apenas aos 16 anos terão os menores capacidade para decidir autonomamente. Assim sendo, e estando defronte da liberdade pessoal, de um bem jurídico pessoalíssimo, poderemos facilmente compreender que este seja determinado por um representante legal?

Procuraremos a este propósito último, sintetizar o papel dos pais enquanto responsáveis pelo consentimento dos seus filhos menores, e, por outro lado, quais as situações em que um menor de idade inferior a 16 anos possa ser capaz de prestar o seu consentimento em tratamentos médicos.

Analisaremos, por fim, de que modo tem vindo a ser abordada a questão dos menores em sede de cuidados médicos e qual o tratamento que tem vindo a ser dado ao problema, em especial, em Intervenções Médicas Invasivas, nomeadamente na Colheita e Transplante de Órgãos e Tecidos de origem humana e nos Ensaios Clínicos.

Ao longo dos tempos, tem-se vindo a verificar uma mudança exponencial na sociedade. Hoje em dia, os menores estão mais desenvolvidos, mais “maduros”, adotando cada vez mais prematuramente o papel de adolescentes, e por sua vez, o papel de adultos. O próprio poder de autoridade dos pais já não é mais o mesmo, tendo deixado de ser visto como um dever de obediência incontestável às ordens dos pais. A total dominação dos pais face aos filhos deu lugar a um controlo que foi diminuindo à medida que o

⁹ A Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, aumentou a idade do consentimento de 14 para os 16 anos. Para efeitos deste texto, e por uma questão de prontidão, os termos “menor” e “criança” referem-se sempre a menores com idade inferior a 16 anos.

menor vai crescendo, ganhando maturidade, desenvolvendo a sua capacidade de inteligência e compreensão¹⁰.

Gostaríamos, por fim de acrescentar, que a escolha do tema da presente dissertação é objeto de uma área do direito - o direito médico - que tem vindo a crescer exponencialmente e pela qual detemos um particular gosto.

¹⁰ A própria lei dispõe, no n.º 2 do artigo 1878.º do CC, que os pais devem conceder, gradualmente, independência aos filhos, encorajando o seu desenvolvimento físico e psíquico: “os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida”. Isto facilmente se depreende que, mesmo antes dos 16, muitos jovens já são capazes de tomar decisões responsáveis.

2. CONSENTIMENTO INFORMADO

2.1. O CONSENTIMENTO INFORMADO COMO MANIFESTAÇÃO NO ATO MÉDICO

2.1.1. CONCEITO

Decidimos iniciar o estudo do tema a que nos propusemos investigar pela questão do consentimento informado, porque, para além de ser uma figura que se encontra intimamente ligada com as questões de Direito Médico, é um elemento importante dos demais objetos que serão analisado ao longo da presente investigação.

O conceito de consentimento, para Orlando de Carvalho, “significa o comportamento mediante o qual se concede a alguém algo, como seja, uma determinada atuação, no caso do consentimento para o ato médico, uma atuação 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”¹¹. Para este Autor, o consentimento pode ser subdividido em três categorias: o *consentimento tolerante*, que justifica a agressão de um terceiro sem lhe atribuir qualquer poder jurídico (artigo 340º do Código Civil); o *consentimento autorizante*, que admite um poder de agressão a um terceiro, - apesar de o bem jurídico manter a sua natureza pessoal- sendo livremente revogável, não obstante a possibilidade de existir uma obrigação de indemnização (artigo 81º n.º 2 do Código Civil); e o *consentimento vinculativo*, que atribui eficácia jurídica e vinculativa de natureza contratual à disposição de um determinado direito subjetivo¹².

O consentimento para ser válido, deverá ser prestado por uma pessoa capaz, com total liberdade e devidamente esclarecida¹³. A verificação da capacidade é um requisito essencial para garantir a validade do ato médico e da ilicitude da ofensa à integridade física do paciente. O regime jurídico do consentimento informado obriga o médico a respeitar a autodeterminação do paciente e, conseqüentemente, a informá-lo e

¹¹ Noção inspirada na preleção proferida a 13.01.1996 na aula inaugural do Curso de Pós-Graduação em Direito da Medicina promovido pelo Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *apud* João Vaz Rodrigues - O consentimento informado para o ato médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente). Coimbra : Coimbra Editora, 2001, pág. 24, nota de rodapé n.º 7.

¹² Cfr. Orlando de Carvalho, *apud* Geraldo Rocha Ribeiro - A proteção do incapaz adulto no direito português. Coimbra : Coimbra Editora, 2011, pág. 173.

¹³ Neste sentido, ver Ponto II do sumário do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º301/06.4TVPRT.P1.S1, de 18/03/2010, onde refere : “O consentimento só é valido se for livre e esclarecido, isto é, se forem fornecidos ao doente todos os elementos que determinaram a consentir na intervenção médica”.

esclarecê-lo sobre o diagnóstico, alcance, estado e desenvolvimento da doença, terapia proposta, consequências e riscos a intervenção ou tratamento proposto e possíveis alternativas.¹⁴

Antes mesmo de começarmos a explorar a matéria do consentimento para o ato médico, importa afirmar que esta matéria se encontra enraizada na área dos Direitos Fundamentais.

Num primeiro momento encontra-se desde logo previsto no artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa - doravante Constituição - ao proclamar que Portugal é uma República baseada na dignidade da pessoa humana. A Constituição sustenta ao longo do seu texto normativo todas as liberdades impostas aos cidadãos, e é dessa dignidade que decorre a necessidade do consentimento, como um instituto-jurídico que consiste na declaração séria, livre e esclarecida de que um terceiro intervenha na esfera pessoal de proteção individual que o Direito reconhece a cada pessoa humana. Se é certo que a integridade física corresponde a um bem fundamental constitucionalmente tutelado pelo artigo 25.º n.º 1 e pelo Código Penal nos artigos 143.º e seguintes, também o consentimento funciona como causa de exclusão da ilicitude através do artigo 38.º do Código Penal¹⁵.

O consentimento protege a vontade do seu titular, e é por isso que se pode afirmar que ele tutela a liberdade do pensamento, de querer, de expressão, e, em última *ratio*, a dignidade do ser humano.

2.1.2. ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO REGIME JURÍDICO DAS INTERVENÇÕES E TRATAMENTOS MÉDICO-CIRÚRGICOS EM SEDE DE CONSENTIMENTO INFORMADO

Passando agora para uma abordagem mais específica do consentimento como elemento fundamental para a aprovação de qualquer tratamento, surge a questão das

¹⁴ Cfr., Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo Processo N.º042434, de 09/03/2000, onde se refere, no ponto II do sumário, que “Os médicos dos estabelecimentos públicos de saúde têm o dever de prestar aos pacientes informação adequada sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado, em ordem a permitir-lhes uma opção esclarecida entre receber ou recusar os cuidados de saúde propostos.”

¹⁵ Cfr., artigo 38.º n.º 1 do CP: “Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes”.

intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos consagrados no nosso sistema jurídico-penal, nos artigos 150.^o¹⁶, 156.^o, e 157.^o do Código Penal¹⁷.

Para que as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos não constituam ofensas à integridade física¹⁸, estas devem ser efetuadas de acordo com o artigo 150.^o do Código Penal¹⁹, ou seja, devem ser levadas a cabo de acordo com as *leges artis*²⁰. Para que isso se verifique, é necessário que o agente seja um “médico ou outra pessoa legalmente autorizada”, que atue com finalidade terapêutica (“prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental”²¹), que a intervenção seja realizada por indicação médica e com respeito pelas regras da arte, isto é, que sejam “intervenções ou tratamentos, que segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*”²².

Quando a intervenção ou procedimento é realizado tendo em conta estes requisitos, não é lesado o bem jurídico integridade física. Ao invés, se for levada a cabo sem o consentimento do paciente, estamos perante um crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, configurando, de acordo com o artigo 156.^o do Código Penal, um atentado contra a sua liberdade e autodeterminação. Logo, nestas situações

¹⁶ O artigo 150.^o do CP, tendo como epígrafe “*Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos*”, deve ser, sempre lido em consonância normativa com os artigos 156.^o, “*Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários*”, e 157.^o, “*Dever de esclarecimento*”.

¹⁷ São estes três preceitos que disciplinam a matéria da responsabilidade penal médica relativamente às intervenções e tratamentos médicos cirúrgicos.

¹⁸ Cfr. Jorge de Figueiredo Dias – Direito penal, parte geral : questões fundamentais : a doutrina geral do crime. Coimbra : Coimbra Editora, 2004. T. 1, pág. 445.

¹⁹ Cfr., artigo 150.^o n.º 1 do CP: “As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física”.

²⁰ O Acórdão n.º 683/05.5TAPTG.E1 do Tribunal da Relação de Évora, de 08/04/2004, precisa o conteúdo deste conceito ao referir que: “As *leges artis* são as “regras da arte” [...] reconduzem-se a normas escritas (não jurídicas) de comportamento, fixadas ou aceites por certos círculos profissionais e análogos e destinadas a conformar as atividades respetivas dentro de padrões de qualidade, designadamente, a evitar o desenvolvimento de perigo ou a ocorrência de danos que tais ofícios são naturalmente hábeis a produzir”, e, ainda, que: “O respeito pelas *leges artis*, no caso específico da medicina, impõe a execução dos cuidados médicos de acordo com a técnica mais apurada, segundo os processos e regras oferecidas pela ciência médica, quer quanto à técnica da intervenção ou do tratamento médico-cirúrgicos, quer quanto à sua oportunidade e conveniência no caso concreto e à idoneidade dos meios utilizados.”

²¹ “A vontade do sujeito (“médico ou pessoa legalmente autorizada”) tem de estar dirigida para a terapia, para a cura da doença ou de qualquer estado patológico. Na expressão legal, as intervenções e tratamentos têm de ser levados a cabo com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar a doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental [...]. O artigo 150.^o, n.º 1, que no contexto das infrações contra a integridade física não exige o consentimento do paciente, contém uma cláusula de exclusão da tipicidade”. Cfr., M. Miguez Garcia e J.M Castela Rio - Código Penal : parte geral e parte especial, notas e comentários. Coimbra : Almedina, 2014, ponto 1, pág. 606 e ss.

²² Cfr., artigo 150.^o n.º 1 do CP.

de intervenções médicas arbitrárias realizadas sem o consentimento do paciente, o médico poderá ser responsabilizado e punido pelo crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, previsto no artigo 156.º do Código Penal, e consequentemente, responsabilizado por danos patrimoniais e não patrimoniais.

Quando, por outro lado, as atuações médicas forem efetuadas com intuito terapêutico, mas ainda assim desrespeitar as regras da arte e, desse modo, “criarem um perigo para a vida ou constituírem uma grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal”²³. Situação mais gravosa decorre ainda quando, para além da violação das *leges artis*, a intervenção ou procedimento não tendo cariz terapêutico seja praticada com dolo, preenchendo, assim, o tipo de crime de ofensa à integridade física simples previsto no artigo 140.º do Código Penal, ou ofensa à integridade física com as respetivas agravações previstas nos artigos 144º a 148º do Código Penal.

Mesmo que venha o ato médico a recair no tipo incriminador de “Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários” é estatuído pelo artigo 156.º do Código Penal a necessidade de consentimento, razão pela qual se criou a obrigatoriedade de preencher e assinar um formulário previamente à realização dessas intervenções.

Contudo, para que o paciente possa prestar o seu consentimento tem de ter capacidade para tomar decisões, pois, caso não contenha, será necessário suprir essa incapacidade para assim poder consentir. Além disso, o paciente tem de previamente ser devidamente informado pelo médico, a cerca do diagnóstico, alcance, consequências e riscos que a intervenção comportará, bem como possíveis alternativas²⁴. O doente tem, por último, de consentir ou dissentir o tratamento de livre vontade, sem que haja coação ou qualquer tipo de vício da vontade, já que, deste modo, o consentimento seria ineficaz²⁵.

²³ Cfr., artigo 150.º n.º 2 do CP. Na opinião sustentada por Paulo Pinto de Albuquerque, “este crime supõe a intervenção com indicação médica e intenção terapêutica, concomitantemente com a violação das *leges artis* e o resultado de perigo”. Cfr., Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 2.ª ed. atualizada. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2010, pág. 458.

²⁴ Cfr., artigo 157.º do CP: “Para efeito do disposto no artigo anterior, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam suscetíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica”.

²⁵ Cfr. Jorge de Figueiredo Dias - Direito penal, parte geral : questões fundamentais : a doutrina geral do crime. Coimbra : Coimbra Editora, 2004. T. 1, pág. 452.

As intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos não constituem, em princípio, *ofensas à integridade física*, - tal como resulta do n.º 1 do artigo 150.º do Código Penal - mas para que tal ocorra é necessário que se verifiquem os seguintes requisitos, constituídos por dois elementos subjetivos – a) a qualificação profissional do agente como “médico ou pessoa legalmente autorizada”, e que este atue com b) – *finalidade terapêutica*, que inclui a prevenção, o diagnóstico e a cura da doença, ou seja, que os tratamentos sejam delineados “com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental” – e por dois elementos objetivos: c) – que a intervenção seja realizada por indicação médica – “segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados” e, (d) – com respeito pelas *legis artis*, ou seja, que se trate de “intervenções e tratamentos, que segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *legis artis*”. (26) (27)

Assim, a intervenção médico-cirúrgica realizada nos termos do artigo 150.º do Código Penal, não lesa o bem jurídico *integridade física*, antes constitui, quando realizada sem consentimento do paciente, um crime contra a liberdade do paciente²⁸, violando o seu direito à autodeterminação (artigo 156.º do Código Penal). O bem jurídico aqui protegido é “a liberdade de dispor do corpo e da própria vida”²⁹.

No sentido da opinião aperfilhada por Costa Andrade no comentário ao artigo 150.º do Código Penal, este regime deve ser analisado através de dois requisitos fundamentais: de um lado, a proclamação da atipicidade das intervenções médico-cirúrgicas no caminho do crime das ofensas corporais; de outro, a punibilidade dos tratamentos arbitrários que surge como um crime autónomo e específico contra a liberdade³⁰ (e

²⁶ Cfr., Manuel da Costa Andrade - In Jorge Figueiredo Dias dir. - Comentário Conimbricense ao Código Penal – parte especial. Coimbra : Coimbra Editora, 2012. T. 1, pág. 463.

²⁷ O Professor Paulo Pinto de Albuquerque ainda enuncia mais um elemento: o consentimento (o acordo) do paciente. Cfr., Paulo Pinto de Albuquerque - Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 2.ª ed. atualizada. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2010, pág. 457.

²⁸ A liberdade do paciente face ao tratamento médico é também consensual entre os autores e tribunais americanos, exigindo-se o *informed consent* como pressuposto da admissibilidade do tratamento.

“*Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body and a surgeon who performs an operation without his patient's consent commits an assault, for which he is liable in damages*” (1914 – Juiz Cardozo (*Schlundoerff v. Society of New York*)). Cfr., Manuel da Costa Andrade - In Jorge Figueiredo Dias dir. - Comentário Conimbricense ao Código Penal – parte especial. Coimbra : Coimbra Editora, 2012. T. 1, pág. 600.

²⁹ Cfr., Jorge de Figueiredo Dias, *apud* Manuel da Costa Andrade – In Jorge Figueiredo Dias dir. - Comentário Conimbricense ao Código Penal – parte especial. Coimbra : Coimbra Editora, 2012. T. 1, pág. 599.

³⁰ Cfr., Manuel da Costa Andrade - In Jorge Figueiredo Dias dir. - Comentário Conimbricense ao Código Penal – parte especial. Coimbra : Coimbra Editora, 2012. T. 1, pág. 457.

autodeterminação do paciente). Assim sendo, a lei portuguesa considera que as intervenções médico-cirúrgicas devem ser praticadas segundo as *legis artis* “fora da área da tutela típica das ofensas corporais e do homicídio”³¹. E, “a produção dos resultados indesejáveis (morte, agravamento da doença ou das lesões) só relevará como ofensa corporal típica, quando representar a consequência adequada da violação das *legis artis*”³².

O consentimento do paciente constitui o elemento necessário para afastar a responsabilidade do médico daquela intervenção ou tratamento³³. A este propósito afirmam Figueiredo Dias e Sinde Monteiro que “a doutrina de longe dominante e a jurisprudência, praticamente unânimes, eram no sentido de que todas as intervenções e tratamentos médicos, qualquer que fosse o seu tipo, constituíam tipicamente ofensas corporais. A não punibilidade do médico só podia, pois, ficar a dever-se à intervenção, no caso, de uma causa de justificação”³⁴. Do mesmo modo, a falta de consentimento do doente produziria forçosamente a uma punição do médico por ofensas corporais.

Na vigência do Código Penal de 1852, a doutrina e a jurisprudência viam geralmente na intervenção médico-cirúrgica uma ofensa corporal típica, cuja ilicitude só poderia afastar-se invocando o “exercício de um direito”³⁵, ficando este dependente do consentimento do paciente.

Mas foi em Portugal com o Código Penal de 1982, que se introduziu o regime dos tratamentos médico-cirúrgicos, vigorando desde então no nosso Código, como incriminação autónoma. Em boa verdade, a implementação deste tipo penal foi uma resposta às querelas político-criminais quanto a dois aspetos: de um lado, a tutela da liberdade de dispor sobre o próprio corpo, punindo o agente nos casos em que há intervenção ou tratamento médico contra a vontade do paciente. De outro lado, manifesta-se uma segurança jurídica para o médico nas intervenções realizadas com o

³¹ Cfr., Manuel da Costa Andrade - In Jorge Figueiredo Dias dir. - Comentário Conimbricense ao Código Penal – parte especial. Coimbra : Coimbra Editora, 2012. T. 1, pág. 461.

³² Cfr., Manuel da Costa Andrade - In Jorge Figueiredo Dias dir. - Comentário Conimbricense ao Código Penal – parte especial. Coimbra : Coimbra Editora, 2012. T. 1, pág. 461.

³³ No mesmo sentido, Paulo Pinto de Albuquerque, ao considerar o consentimento como sendo um verdadeiro acordo, na medida em que exclui logo a tipicidade. Cfr., Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 2.ª ed. atualizada. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2010, pág. 481.

³⁴ Cfr., Jorge de Figueiredo Dias e Jorge Sinde Monteiro - Responsabilidade médica em Portugal. Separata de Boletim do Ministério da Justiça. N. 332 (Janeiro 1984), pág. 67.

³⁵ Cfr., Jorge de Figueiredo Dias; Jorge de Figueiredo Dias e Sinde Monteiro; Paula Faria, *apud* Manuel da Costa Andrade – Artigo 150.º - Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos. In Jorge Figueiredo Dias dir. - Comentário Conimbricense ao Código Penal – parte especial. Coimbra : Coimbra Editora, 2012. T. 1, pág. 459.

consentimento do paciente. Recorde-se, a este propósito, o Projeto de Eduardo Correia onde encarava a intervenção médica como ofensa corporal típica, punindo o agente, quando o tratamento era efetuado contra a vontade do paciente, ainda que “tratando-se de intervenção *medicamente indicada, realizada segundo as legis artis, e plenamente conseguida*”³⁶.

O consentimento do paciente formava o elemento necessário para afastar a responsabilidade do médico daquela intervenção ou tratamento. Assim sendo, tais intervenções e tratamentos, quando realizadas sem consentimento do paciente consideram-se atentatórias da liberdade e punidas como crime autónomo (artigos 156.º e 157.º), se tiverem sido realizadas arbitrariamente³⁷. O que no fundo o ordenamento jurídico-penal faz é, por um lado, proteger a integridade física e moral do indivíduo, e por outro, garantir a proteção da sua autodeterminação.

Em 2003 foi publicada uma Lei (Lei n.º 45/2003, de 22 de Agosto³⁸), segundo a qual o legislador estendeu o regime jurídico-criminal dos tratamentos médico-cirúrgicos às terapêuticas não convencionais, “o que equivale a retirar as pertinentes práticas quando levadas a cabo segundo os respetivos deveres de cuidado, do alcance das incriminações da ofensas corporais e do homicídio”³⁹.

Com o Código Penal atual, verifica-se, assim, a conceção segundo a qual, as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos prosseguidos com finalidade terapêutica⁴⁰ e com o respeito pelas *legis artis*, não preenchem o tipo das ofensas corporais.

³⁶ Cfr., Manuel da Costa Andrade – Artigo 150.º - Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos. In Jorge Figueiredo Dias dir. - Comentário Conimbricense ao Código Penal – parte especial. Coimbra : Coimbra Editora, 2012. T. 1, pág. 459.

³⁷ Cfr., M. Miguez Garcia e J.M Castela Rio - Código Penal – parte geral e parte especial notas e comentários. Almedina, 2014, ponto 1, pág. 645 e ss.

³⁸ Artigo 18.º (Infrações): “Aos profissionais abrangidos por esta lei que lesem a saúde dos utilizadores ou realizem intervenções sem o respetivo consentimento informado é aplicável o disposto nos artigos 150.º, 156.º e 157.º do Código Penal, em igualdade de circunstâncias com os demais profissionais de saúde”.

³⁹ Cfr., Manuel da Costa Andrade – Artigo 150.º - Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos. In Jorge Figueiredo Dias dir. - Comentário Conimbricense ao Código Penal – parte especial. Coimbra : Coimbra Editora, 2012. T. 1, pág. 460.

⁴⁰ Ficam excluídas do âmbito deste artigo as intervenções sem finalidade terapêutica, como as intervenções puramente estéticas ou a experimentação humana puramente científica, convertendo-se estas em ofensas corporais típicas, cuja justificação se encontra através do consentimento, enquanto consentimento justificável. Cfr., Manuel da Costa Andrade – Artigo 150.º - Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos. In Jorge Figueiredo Dias dir. - Comentário Conimbricense ao Código Penal – parte especial. Coimbra : Coimbra Editora, 2012. T. 1, pág. 465 e ss.

Como afirmamos, com Teresa Quintela de Brito⁴¹, da análise do artigo 150.º do Código Penal apuramos a existência de quatro elementos que verificados cumulativamente afastarão o crime de ofensas à integridade física. Esses elementos poderão subdividir-se, em elementos de ordem objetiva, que passam pela necessidade de indicação médica e pela execução segundo as *legis artis*, isto é, de acordo com as regras generalizadamente reconhecidas da ciência médica e demais gerais deveres de cuidado do tráfego médico⁴². E elementos de ordem subjetiva, que se prendem com a qualificação do agente – que neste caso será o médico ou pessoa legalmente autorizada - e com a intenção terapêutica da intervenção.

Quando um tratamento ou intervenção médica preencham estes quatro requisitos, não existe punição, independentemente do resultado obtido. Se, pelo contrário, um destes elementos não estiver presente, considerar-se-á a intervenção ou tratamento como ofensivo da integridade física do doente. ⁽⁴³⁾ ⁽⁴⁴⁾

Ao invés, já constituirão ofensas à integridade física, só podendo ser afastada por uma causa de justificação – nomeadamente o consentimento do ofendido ou do estado de necessidade -, situações específicas como a extração de órgãos ou tecidos para transplantes, determinadas formas de esterilização, a experimentação médico-científica pura, intervenções com finalidade cosmética e estética, entre outras. Nestes casos, teremos de considerar o regime do consentimento do ofendido, nos termos dos artigos 38.º e 149.º do Código Penal ⁽⁴⁵⁾ ⁽⁴⁶⁾.

De notar que o artigo 150.º n.º 2 do Código Penal vem estabelecer uma incriminação própria para as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos violadores das *legis artis*,

⁴¹ Cfr., Teresa Quintela de Brito – Responsabilidade penal dos médicos : análise dos principais tipos incriminadores. Revista portuguesa de ciência criminal. A. 12, n. 3 (Julho-Setembro 2002), pág. 371 e ss.

⁴² Cfr., Teresa Quintela de Brito – Responsabilidade penal dos médicos : análise dos principais tipos incriminadores. Revista portuguesa de ciência criminal. A. 12, n. 3 (Julho-Setembro 2002), pág. 376.

⁴³ Cfr., Manuel da Costa Andrade - Artigo 150.º - Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos. In Jorge Figueiredo Dias dir. - Comentário Conimbricense ao Código Penal – parte especial. Coimbra : Coimbra Editora, 2012. T. 1, pág. 463.

⁴⁴ No mesmo sentido aponta Paulo Pinto de Albuquerque ao considerar que “se a intervenção médico-cirúrgica com fim terapêutico realizada em violação da *legis artis* é ilícita, constituindo crime de ofensas à integridade física (negligente)”. Cfr., Paulo Pinto de Albuquerque - Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 2.ª ed. atualizada. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2010, pág. 458.

⁴⁵ De considerar, no entanto, que já existem leis específicas a disciplinar aspetos específicos do consentimento do ofendido. Exemplo disso é a disciplina da esterilização (Lei n.º 3/84, de 24 de Março, Educação Sexual e Planeamento Familiar), Transplante de órgãos e tecidos (Lei n.º 36/2013, de 12 de Junho) e ensaios clínicos (Lei n.º 21/2014, de 16 de Abril).

⁴⁶ Cfr., André Dias Pereira – Novos desafios da responsabilidade médica : uma proposta para o Ministério Público. Direito e Sociedade – Revista do Ministério Público do Estado do Paraná. V. 3, n. 2 (Julho-Dezembro 2004), pág. 35 e ss.

estabelecendo uma pena que vai até aos dois anos de prisão ou pena de multa até 240 dias. Sucede, então, para que se considere a incriminação feita pelo artigo 150.º n.º 2, o médico - ou pessoa legalmente autorizada - procedendo a uma intervenção com fim terapêutico, tem de violar as *legis artis* a título de dolo⁴⁷ e criar, deste modo, perigo para a vida ou causar uma lesão grave da integridade física⁴⁸.

Quer isto significar que, “o facto só atinge a forma consumada quando da intervenção ou tratamento médico advier uma situação efetiva de perigo para a vida ou de grave ofensa para o corpo ou a saúde do paciente. O Artigo 150.º n.º 2 contém, assim, um tipo de crime de perigo concreto”⁴⁹.

Todavia, este regime não afasta a aplicação do regime geral sancionatório das ofensas à integridade física, uma vez que estes se aplicam na falta de alguns dos pressupostos descritos anteriormente. Referimo-nos às situações de violação das *legis artis* acompanhada de ausência de intenção terapêutica, e a intervenção se praticada com dolo, poderão ser punidas como ofensa à integridade física simples (artigo 143.º do Código Penal), grave (artigo 144.º do Código Penal) ou privilegiada (artigo 146.º do Código Penal) conforme a conduta empregada pelo agente. Se, por ventura, essa intervenção for praticada com negligência, o médico incorre num crime contra a integridade física na forma negligente (artigo 148.º do Código Penal).

Numa sustentação dada por Costa Andrade, considera que o que está em causa na proteção do bem jurídico pelo direito penal português no crime de intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias (artigo 156.º do Código Penal) é a liberdade, como corolário do direito à autodeterminação do paciente na escolha a realização do tratamento médico, como se confirma pela própria inserção sistemática deste tipo legal de crime inserido no Capítulo IV, relativo aos “crimes contra a liberdade pessoal”, da parte especial, do Código Penal.

⁴⁷ Por exemplo, o médico sabe que o bisturi que utiliza numa intervenção cirúrgica não está esterilizado e decide mesmo assim utilizá-lo, representando e aceitando o risco de daí advir uma lesão grave na saúde (ou mesmo a morte), sem querer, todavia, a ocorrência dessa lesão. Exemplo referido por Augusto Silva Dias – Direito penal : parte especial : crimes contra a vida e a integridade física. 2.ª ed., revista e atualizada. Lisboa : AAFDL, 2007, pág. 114.

⁴⁸ “Nessa medida corresponde, inequivocamente, a um crime contra a integridade física. A única diferença relativamente aos demais crimes inseridos no mesmo Capítulo reside na natureza de puro crime de perigo”. Cfr., Teresa Quintela de Brito - Responsabilidade penal dos médicos : análise dos principais tipos incriminadores. Revista portuguesa de ciência criminal. A. 12, n. 3 (Julho-Setembro 2002), pág. 377. Encontra-se, aqui, a diferença relativamente aos restantes crimes inseridos no capítulo dos crimes contra a integridade física, pois trata-se de um puro crime de perigo.

⁴⁹ Cfr., Augusto Silva Dias - Direito penal : parte especial : crimes contra a vida e a integridade física. 2.ª ed., revista e atualizada. Lisboa : AAFDL, 2007, pág. 113.

Se o consentimento era dispensado para efeitos de não punibilidade enquanto ofensa à integridade física, tal como indica o regime do artigo 156.º do Código Penal, o mesmo não se aplica se pensarmos nas intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos enquanto possível ofensa à liberdade. O artigo 156.º n.º 1 vem assim prever o crime de *intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários*, abarcando as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos que, por preencherem os requisitos do artigo 150.º do Código Penal, não preenchem um ilícito típico de ofensa à integridade física, mas que vêm a ser realizados sem o consentimento do paciente, afastando a incriminação das ofensas corporais, e tem como bem jurídico tutelado a autodeterminação do paciente e a “liberdade de dispor do corpo e da própria vida”⁵⁰.

Para Costa Andrade, a incriminação absorve um equilíbrio entre direitos tão fundamentais como: a liberdade e autodeterminação pessoal, enquanto vertente da própria dignidade pessoal, por um lado; e por outro, a integridade física, a saúde, a vida, enquanto pressuposto existencial da dignidade⁵¹.

A punição das intervenções ou tratamentos arbitrários, tratada de forma autónoma, é uma incriminação relativamente nova. Durante o século XIX o tratamento arbitrário era, considerado legítimo se fosse essencial para salvar a vida do paciente.

No caminho traçado por Costa Andrade no seu sábio comentário ao artigo 156.º do Código Penal, para a afirmação deste bem jurídico concorreram, essencialmente, duas grandes linhas. Por um lado, as experiências totalitárias dos meados do século, que suportaram a ideia de redução da pessoa a uma mera função ao serviço dos interesses comunitários, e, devido a isso, a defesa de programas de tratamento coativo. Daí que em 1939 surgira o primeiro estudo sistemático, realizado por English, em defesa da liberdade pessoal em face do tratamento médico⁵². Do mesmo modo, também o progresso da medicina e das técnicas cirúrgicas contribuíram para alertar a sociedade, colocando em clarividência o valor da liberdade e da dignidade pessoal perante um tratamento coercivo.

⁵⁰ Cfr., Jorge de Figueiredo Dias, *apud* Manuel da Costa Andrade - Artigo 156.º - Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários. In Jorge Figueiredo Dias dir. - Comentário Conimbricense ao Código Penal – parte especial. Coimbra : Coimbra Editora, 2012. T. 1, pág. 599.

⁵¹ Cfr., Manuel da Costa Andrade – Artigo 156.º - Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários. In Jorge Figueiredo Dias dir. - Comentário Conimbricense ao Código Penal – parte especial. Coimbra : Coimbra Editora, 2012. T. 1, pág. 596.

⁵² Cfr., Manuel da Costa Andrade - In Jorge Figueiredo Dias dir. – Comentário Conimbricense ao Código Penal – parte especial. Coimbra : Coimbra Editora, 2012, T. 1, pág. 596-597.

A maioria dos Estados Europeus ainda não tem nenhuma disposição nos respetivos códigos penais – ou legislação avulsa – preceito análogo ao do artigo 156.º do atual Código Penal português, nem tão-pouco um semelhante ao artigo 150.º, n.º 1. A lei penal alemã, apesar de ter participado em alguns projetos de reforma de lei, não dispõe de incriminação direta das intervenções arbitrárias, prevalecendo o entendimento de proteção do bem jurídico no âmbito das ofensas corporais. O mesmo vazio legislativo aconteceu em Espanha, que inclina-se a subsumir os tratamentos arbitrários na incriminação da coação⁵³.

A intervenção médico-cirúrgica arbitrária aparece, de facto, como algo recente, quer no plano nacional, quer num plano internacional.

No plano europeu, apenas a Áustria contem uma tipificação como a do artigo 156.º no seu § 110.º do OstGB, (⁵⁴) (⁵⁵). Também no âmbito do artigo 150.º n.º 1 do Código Penal português, o autor do crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, só pode ser um médico ou pessoal legalmente autorizada. Em sentido diferente dispõe este artigo do StGB austríaco, ao incluir um círculo mais alargado de pessoal autorizado, para além dos médicos, outro pessoal médico “aprovado” (“*approbierte*”)⁵⁶.

França e Espanha, por não conterem um preceito como o do artigo 156.º, sentem necessidade de inserir a ação face à omissão com que se apresentam, nos estreitos limites do tipo das ofensas corporais, “na busca de uma forçada fusão hermenêutica da

⁵³ Cfr., Manuel da Costa Andrade - In Jorge Figueiredo Dias dir. – Comentário Conimbricense ao Código Penal – parte especial. Coimbra : Coimbra Editora, 2012, T. 1, pág. 597.

⁵⁴ Cfr., Manuel da Costa Andrade - Consentimento em direito penal médico – o consentimento presumido. Revista portuguesa de ciência criminal. A 14, n. 1-2 (Janeiro-Junho de 2004), pág. 126.

⁵⁵ “O legislador penal da República Alpina teve a mesma opção político-criminal que o português. Na verdade, nos termos do § 110, 1 do Código Penal austríaco, as intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias (*Eignmachtige Heilbehandlung*) constituem um crime contra a liberdade e não um crime contra a integridade física. Para a doutrina penal dominante a intervenção, com indicação médica e de acordo com as *legis artis*, não preenche o tipo de ofensas à integridade física mesmo que careça do consentimento do paciente. Esta perspetiva é defendida mesmo quando há uma perda importante, substancial (por exemplo uma amputação) ou quando a operação não é bem sucedida. Negam a tipicidade de ofensas corporais porque a atividade médica não tem um carácter de comportamento social perigoso e inadequado. A intervenção arbitrária viola, porém, o § 110, 1 StGB, que protege a autodeterminação do paciente. Tal como vimos para o direito português, quando haja violação negligente das *legis artis*, aplicam-se os crimes de ofensa corporal (§ 88 ofensas corporais negligentes e § 80 homicídio negligente). Distinguem-se intervenções terapêuticas de outras intervenções médicas (por exemplo: operações cosméticas, colheita de órgãos e de sangue, investigação pura). Estas intervenções preenchem o tipo de ofensas corporais e são justificáveis pelo consentimento”. Cfr., André Dias Pereira – Novos desafios da responsabilidade médica : uma proposta para o Ministério Público. Direito e Sociedade – Revista do Ministério Público do Estado do Paraná. V. 3, n. 2 (Julho-Dezembro 2004), nota 12, pág. 35 e ss.

⁵⁶ Cfr., M. Miguez Garcia e J.M. Castela de Rio – Código Penal – parte geral e parte especial notas e comentários. Almedina, 2014, págs. 645 e ss.

(violação) do direito à autodeterminação individual (na ótica de um direito sobre o próprio corpo) na (violação) do direito à integridade física”⁵⁷.

Também o Brasil e Inglaterra entendem que a intervenção médico-cirúrgica é, no plano da tipicidade, uma ofensa corporal, que pode ser justificada pelo consentimento do paciente⁵⁸.

Quanto ao ordenamento jurídico-penal português, na falta de consentimento ou havendo vício no consentimento prestado pelo paciente, o médico é responsabilizado criminalmente num crime contra a liberdade do paciente, punível com pena de prisão até 3 anos. O bem jurídico aqui protegido é a liberdade e autonomia pessoal do paciente.

Assiste-se a uma passagem de um modelo hipocrático para um modelo autonomista. Ficou para trás uma deontologia médica que se baseava no paternalismo médico, nos ideais de Hipócrates, em que o médico decidia qual o tratamento a administrar no paciente, sem que fosse valorado a opinião deste. Nos dias de hoje, a ideia de paternalismo clínico está cada vez mais posta de parte, o paciente é considerado como capaz de decidir e ser responsável pelas suas escolhas médicas.

Com efeito, e de acordo com Faria Costa⁵⁹, hoje encontramos-nos distante do modelo hipocrático que vigorava relativamente às relações entre o médico e o paciente. Vale, atualmente, a ideia de autodeterminação do paciente, passando a ser este o centro de todo o ato médico, na medida em que este só existe porque o paciente assim o deseja. No modelo hipocrático o ato médico podia existir desde que o médico, interpretando uma hipotética vontade do paciente entendesse que esse ato seria realizado no sentido do bem do paciente. Atualmente, para que o médico possa realizar qualquer ato, mesmo que o faça no interesse do doente, terá de primeiro obter o seu consentimento. Deste modo, - e seguindo a linha de pensamento do Autor – hoje é o doente, a pessoa, quem acaba por decidir se existe ou não ato médico⁶⁰. Estando assim “nas suas mãos” o que fazer ou não fazer em relação a determinado tratamento médico.

⁵⁷ Cfr., Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues - Consentimento informado – pedra angular na responsabilidade criminal do médico. In Guilherme Oliveira, coord. - Direito da Medicina. Coimbra : Coimbra Editora, 2002. V. 1, pág. 9.

⁵⁸ Cfr., André Dias Pereira – Novos desafios da responsabilidade médica : uma proposta para o Ministério Público. Direito e Sociedade – Revista do Ministério Público do Estado do Paraná. V. 3, n. 2 (Julho-Dezembro 2004), pág. 35 e ss.

⁵⁹ Cfr., José de Faria Costa – Em redor da noção de ato médico. Revista de Legislação e Jurisprudência. A. 138, n. 3954 (Janeiro-Febrero de 2009), pág. 133.

⁶⁰ Cfr., José de Faria Costa - Em redor da noção de ato médico. Revista de Legislação e Jurisprudência. A. 138, n. 3954 (Janeiro-Febrero de 2009), pág. 133.

A liberdade em relação aos tratamentos médicos analisa-se numa dupla dimensão - positiva e negativa – à semelhança dos bens jurídico-penais que têm a sua estrutura de uma liberdade pessoal. De uma perspetiva positiva, “o exercício da liberdade afirma e atualiza a expressão do bem jurídico tipicamente protegido”⁶¹; de uma perspetiva negativa, “aqui a tutela mostra-se claramente assimétrica. No sentido de que tende a circunscrever-se à chamada dimensão negativa: em princípio só é punível a intervenção arbitrária”⁶².

A delimitação do consentimento, no que às intervenções médicas respeita, deve ser aludida, segundo a opinião aperfilhada por João Rodrigues, atendendo a dois princípios distintos: de um lado, o paciente poder escolher, de entre as intervenções alternativas, quais as mais convenientes para si, por respeito ao princípio da autonomia, por outro lado, o paciente não pode ordenar ao médico uma certa intervenção, considerando, assim, o princípio da independência técnica do médico⁶³.

Os artigos 150.º, 156.º e 157.º do Código Penal devem ser inseridos numa relação de integração sistemática, em matéria jurídico-penal das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos⁶⁴. Desde logo o artigo 150.º elenca um conjunto de agentes que podem se podem integrar como autores da prática da infração. Para além disso, é esta disposição que determina o sentido, o alcance e o âmbito de aplicação do conceito jurídico-penal de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos e o artigo 157.º, por seu turno, define as exigências de esclarecimento de que depende a validade a eficácia do consentimento⁶⁵. O médico deixa de ser responsabilizado por homicídio ou ofensas corporais, e por conseguinte, violar a liberdade do seu paciente, quando para o tratamento usado obtém por parte deste o seu consentimento⁶⁶.

Um outro ponto a considerar é o seguinte: para que o consentimento seja considerado válido este deverá ser devidamente esclarecido, como nos assinala o artigo 157.º do

⁶¹ Cfr., Manuel da Costa Andrade – In Jorge Figueiredo Dias dir. - Comentário Conimbricense ao Código Penal – parte especial. Coimbra : Coimbra Editora, 2012. T. 1, pág. 600.

⁶² Cfr., Manuel da Costa Andrade – In Jorge Figueiredo Dias dir. - Comentário Conimbricense ao Código Penal – parte especial. Coimbra : Coimbra Editora, 2012. T. 1, pág. 601.

⁶³ Cfr., João Rodrigues, *apud* Paulo Pinto de Albuquerque - Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 2.ª ed. atualizada. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2010, pág. 481.

⁶⁴ Cfr., Manuel da Costa Andrade – In Jorge Figueiredo Dias dir. – Comentário Conimbricense ao Código Penal – parte especial. Coimbra : Coimbra Editora, 2012, T. 1, pág. 457.

⁶⁵ Cfr., Manuel da Costa Andrade – In Jorge Figueiredo Dias dir. – Comentário Conimbricense ao Código Penal – parte especial. Coimbra : Coimbra Editora, 2012, T. 1, pág. 599.

⁶⁶ Cfr., Manuel da Costa Andrade - In Jorge Figueiredo Dias dir. – Comentário Conimbricense ao Código Penal – parte especial. Coimbra : Coimbra Editora, 2012, T. 1, pág. 634.

Código Penal (Dever de esclarecimento): “para efeito do disposto no artigo anterior, o *consentimento só é eficaz* quando o paciente tiver sido devidamente *esclarecido* sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam suscetíveis de causar dano grave à saúde, física ou psíquica”.

Assim, a este respeito, e na falta das condições exigidas impostas por lei, “o médico pode ser punido a dois títulos diferentes: por um lado, por ofensa à integridade física, no caso de ter havido violação das *legis artis*, ou por outro, por ofensa à liberdade (direito à autodeterminação do paciente nos cuidados de saúde) no caso de, tendo agido de acordo com as regras éticas e deontológicas da profissão, não ter respeitado os requisitos de validade exigidos para que o consentimento seja eficaz, como o esclarecimento devido ao paciente dos riscos ou consequências secundárias da intervenção”⁶⁷.

Ora, pelo exposto, e no entender de Costa Andrade, o dever de esclarecimento, que é postulado pelo artigo 157.^{o68} configura, “parte integrante da disciplina da incriminação das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, *rectius* do seu momento típico-negativo «sem consentimento»”⁶⁹. O esclarecimento estabelecido para esta norma é o “*esclarecimento-para-a-autodeterminação*”⁷⁰, indispensável ao livre exercício

⁶⁷ Cfr., André Dias Pereira – Novos desafios da responsabilidade médica : uma proposta para o Ministério Público. Direito e Sociedade – Revista do Ministério Público do Estado do Paraná. V. 3, n. 2 (Julho-Dezembro 2004), nota 11, pág. 35 e ss. Para uma melhor explicação do regime em termos de Direito Civil, vide André Dias Pereira - O consentimento informado na relação médico-paciente. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, páginas 121 e ss.

⁶⁸ Artigo 157.^o (“*Dever de esclarecimento*”): Para efeito do disposto no artigo anterior, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam suscetíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica.

⁶⁹ Cfr., Manuel da Costa Andrade - Artigo 157.^o - Dever de esclarecimento – In Jorge Figueiredo Dias dir. - Comentário Conimbricense ao Código Penal – parte especial. Coimbra : Coimbra Editora, 2012. T. 1, pág. 632.

⁷⁰ Como afirma André Dias Pereira, no “esclarecimento para a autodeterminação” (*Selbstbestimmungsaufklärung*) estamos perante a informação que o médico deve dar previamente a qualquer intervenção médica, em ordem a uma livre decisão do paciente, por forma a dar cumprimento ao princípio da autonomia da pessoa humana, enquanto expressão do axioma fundamental que é a dignidade humana. Cfr., André Dias Pereira – Novos desafios da responsabilidade médica : uma proposta para o Ministério Público. Direito e Sociedade – Revista do Ministério Público do Estado do Paraná. V. 3, n. 2 (Julho-Dezembro 2004) pág. 6. Cfr., também, Manuel da Costa Andrade - Artigo 157.^o - Dever de esclarecimento – In Jorge Figueiredo Dias dir. - Comentário Conimbricense ao Código Penal – parte especial. Coimbra : Coimbra Editora, 2012. T. 1, pág. 633.

de dispor do corpo e da vida e, é por isso, que *prima facie* o dever de obter consentimento informado do doente se funda num direito inato de personalidade⁷¹.

O artigo 157.º incorpora dois momentos distintos mas complementares entre si: a enumeração dos tópicos que este esclarecimento deve conter, devendo ser livre e esclarecido sobre o “*diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento*” (72) (73). E ainda consagra o chamado *privilégio terapêutico*⁷⁴, ou seja, afasta a necessidade desse esclarecimento se essas informações colocarem em perigo a vida do paciente ou lhe causarem grave dano à saúde, se por ele forem conhecidas⁷⁵.

Contudo, além do dever de esclarecimento previsto no nosso Código Penal, e, por conseguinte, o consentimento informado por parte do doente, ambos encontram-se consagrados noutras disposições legais nacionais como a Lei de Bases da Saúde, sem descurar que da “autonomia do doente e o seu corolário, o consentimento informado, que face à “cláusula aberta” ou de não tipicidade dos direitos fundamentais do artigo 16.º n.º 1 da Constituição, têm a natureza de direito fundamental, gozando do respetivo regime de tutela constitucional”⁷⁶. Ao nível internacional, Portugal também celebrou tratados internacionais, de entre outros, a Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina do Conselho da Europa⁷⁷.

⁷¹ Cfr., Guilherme de Oliveira - Estrutura Jurídica do Ato Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica. Temas de Direito da Medicina. 2.ª Ed. (aumentada), Coimbra: Coimbra Editora, Junho de 2005, pág. 60.

⁷² Todavia, Manuel da Costa Andrade entende que estes tópicos não esgotam a possibilidade de erro, pois a ineficácia do consentimento pode decorrer, ainda, no que diz respeito à necessidade do tratamento ou mesmo quanto à sua natureza. Assim, em Manuel da Costa Andrade – Artigo 156.º - Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários – In Jorge Figueiredo Dias dir. - Comentário Conimbricense ao Código Penal – parte especial. Coimbra : Coimbra Editora, 2012. T. 1, pág. 634.

⁷³ João Rodrigues considera que devem ainda estar incluindo no dever de esclarecimento, a vantagem ou desvantagem da sua realização num certo estabelecimento hospitalar. Cfr., João Rodrigues, *apud* Paulo Pinto de Albuquerque - Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 2.ª ed. atualizada. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2010, pág. 483.

⁷⁴ O privilégio terapêutico constitui uma restrição ao dever de esclarecimento da vontade do portador do bem jurídico protegido. Cfr., Paula Ribeiro de Faria e Costa Andrade, *apud* Paulo Pinto de Albuquerque - Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 2.ª ed. atualizada. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2010, pág. 484.

⁷⁵ Sobre a questão do privilégio terapêutico, para mais desenvolvimentos consultar, de entre outros: Manuel da Costa Andrade - Artigo 157.º - Dever de esclarecimento – In Jorge Figueiredo Dias dir. - Comentário Conimbricense ao Código Penal – parte especial. Coimbra : Coimbra Editora, 2012. T. 1, págs. 639 e ss; André Dias Pereira - O consentimento informado ... págs. 374, 459, 460 e ss., 465 e 625; João Vaz Rodrigues - O consentimento informado para o ato médico ... págs. 39, 54, 62, 72 e ss., 168, 184, 279 e ss.

⁷⁶ Cfr., André Teixeira dos Santos – Do consentimento dos menores para a realização de atos médicos terapêuticos. Revista do Ministério Público. N. 118 (Abril-Junho de 2009), pág. 128.

⁷⁷ A Convenção de Oviedo entrou em vigor a 1 de Dezembro de 2001, dispondo o artigo 5.º pela necessidade de consentimento livre e esclarecido do paciente.

Relativamente ao conteúdo do consentimento em si mesmo, este deve ser bastante para colocar o paciente na situação de poder ponderar corretamente os prós e os contras da intervenção⁷⁸. No entanto, o “paciente tem o dever de informar com verdade sobre a sua situação, sob pena de a ação ou omissão do médico em desconformidade com as *legis artis* não lhe ser imputável”⁷⁹.

O consentimento real não será necessário, “operando a justificação em função do consentimento presumido”⁸⁰, se só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde, ou se tiver sido dado consentimento para uma certa intervenção ou tratamento, tendo sido, porém, realizado um diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, como meio de evitar perigo para a vida, corpo e saúde do paciente e, além disso, não se verificarem as circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado, tal como resultado do texto do artigo 156.º n.º 2 do Código Penal. Pelo contrário, o consentimento será inválido se não houver indicação médica, se for contra a ordem pública, se o paciente não tiver capacidade ou se não tiver sido transmitida a informação adequada e suficiente⁸¹.

Importa, resumidamente considerar como pilares da doutrina do consentimento informado, a natureza jurídica do consentimento do paciente, a sua relevância e inserção sistemática no quadro da responsabilidade civil médica, em que termos pode ser prestado, por quem, com que limites, e em que termos, se poderá presumir-se e em que casos, e qual a consequência dessa presunção, e, ainda, qual a medida e a estrutura da obrigação de esclarecimento.

Um outro aspeto a observar situa-se nos requisitos do processo de informação para a obtenção do consentimento, a considerar de seguida.

O dever de informação, ou mais concretamente, o dever médico de informar o paciente, decorre de um processo de tomada de decisão no qual este tem uma participação, devendo este estar consciente da intervenção, complexidade e possíveis

⁷⁸ HIRSCH, LK § 226a 10 *apud* Manuel da Costa Andrade - Artigo 157.º - Dever de esclarecimento – In Jorge Figueiredo Dias dir. - Comentário Conimbricense ao Código Penal – parte especial. Coimbra : Coimbra Editora, 2012. T. 1, pág. 635.

⁷⁹ Cfr., João Rodrigues, *apud* Paulo Pinto de Albuquerque - Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 2.ª ed. atualizada. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2010, pág. 483.

⁸⁰ Cfr., Jorge de Figueiredo Dias e Sínde Monteiro – Responsabilidade médica em Portugal. Separata do Boletim do Ministério da Justiça. N. 332 (Janeiro 1984), pág. 69.

⁸¹ Cfr., André Dias Pereira - O consentimento informado ... pág. 175 e ss.

consequências e riscos que dela podem suceder, e desse modo, estar informado. Para que a informação se considere suficiente deve-se obedecer a três princípios: *simplicidade/clareza, suficiência, e validar o esclarecimento.*

A *simplicidade* garante a compreensão da informação, através de uma linguagem acessível, de forma acessível e inteligível para o paciente, evitando o uso de termos técnico-científicos que inviabilizem a compreensão.

A *suficiência* apresenta-se como o limite quantitativo da informação que deve conter os elementos essenciais para a tomada de decisão consciente, evitando o subjetivismo de quem a presta, pois, uma consequência ou risco que possa não ser importante para o médico, pode ser para o paciente⁸².

João Rodrigues indica, ainda, que a linguagem deve ser pontual (relativa a cada ato médico ou grupo autónomos de médicos), oportuna (em função do estágio da evolução da doença), neutral (salvaguardando a liberdade de decisão do paciente), e, verdadeira⁸³.

Assim, as informações devem ser fornecidas relativamente a cada grupo de atos médicos realizados, exigindo que a troca de dados e informações decorra da continuidade e evolução do tratamento, considerando, igualmente, as correspondências do paciente. Devem ser neutras, salvaguardando a liberdade de decisão do paciente, os aspetos socioeconómicos, bem como a duração provável do internamento e da recuperação. Por fim, para que o consentimento se torne válido, as informações devem ser transmitidas com rigor e exatidão, abrangendo as sequelas que, embora de carácter excecional, haja previsibilidade de que possam acontecer.

Um outro requisito de validade importante para a figura do consentimento informado que está conexo ao dever de informação é o dever de esclarecimento.

O dever de esclarecimento é um dever deontológico⁸⁴ e um dever legal⁸⁵, e condição essencial ao regular exercício da autodeterminação. O esclarecimento é antes de mais expressão da relação bilateral médico-paciente que se funda também o dever de sigilo

⁸² Em face da profissão que exerce, se para o médico uma pequena má formação num dedo pode não significar um grande problema, não se pode dizer o mesmo para um renomado pianista.

⁸³ Cfr., João Rodrigues, *apud* Paulo Pinto de Albuquerque - Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 2.^a ed. atualizada. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2010, pág. 484.

⁸⁴ Cfr., artigo 38.^o do Código Deontológico.

⁸⁵ Cfr., artigo 157.^o do CP.

médico.⁸⁶ O esclarecimento médico aqui relevante é diferente do chamado esclarecimento terapêutico. Trata-se aqui de uma informação plena sobre o “diagnóstico, a índole, o alcance”, a dimensão e as possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, (na expressão do artigo 157.º do Código Penal) e ainda a sua necessidade, e a existência de possíveis meios alternativos, sempre tendo em conta que a medida do esclarecimento depende da pessoa do paciente, da sua capacidade de discernimento e entendimento, e da natureza do tratamento em questão.

Porém, existem situações que permite que o médico possa não revelar ao paciente o prognóstico e o diagnóstico, “por motivos que em sua consciência julgue ponderosos”, tal como consta do n.º 1 e o n.º 2 do artigo 40.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, ao afirmar que, “um prognóstico fatal só possa ser revelado ao doente com as precauções aconselhadas pelo exato conhecimento do seu temperamento, das suas condições específicas e da sua índole moral”, estabelecendo-se que este prognóstico fatal “em regra deve ser revelado ao familiar mais próximo que o médico considere indicado, a não ser que o doente o tenha previamente proibido ou tenha indicado outras pessoas a quem a revelação deva ser feita”.

Também o artigo 157.º do Código Penal afasta o dever de esclarecimento “se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida e seriam suscetíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica”. Consagra-se assim, o chamado *privilégio terapêutico*, permitindo-se o afastamento, do dever de esclarecimento, quando este dever entre em conflito com a vida e a saúde do paciente, o que pode em certos casos, comprometer a própria cura.

Havendo recusa de esclarecimento, verificar-se-á uma assunção do risco, contudo, em certos casos de índole mais grave, a recusa de esclarecimento não cessa o dever médico de esclarecer, isto porque, a recusa pode resultar da inconsciência dos possíveis resultados desvantajosos.

Para que o consentimento dado pelo paciente possa ser considerado válido deve preencher determinados requisitos⁸⁷, que acabamos de anunciar, ainda que de forma breve, pois cada um deles será objeto de intervenção nos pontos seguintes.

⁸⁶ Cfr., artigo 67.º e ss do Código Deontológico.

⁸⁷ Cfr., Álvaro Rodrigues – Consentimento informado – pedra angular na responsabilidade criminal do médico. In Guilherme Oliveira, coord. - Direito da Medicina. Coimbra : Coimbra Editora, 2002. V. 1, pág. 36 e ss e João Vaz Rodrigues – O consentimento informado para o ato médico no ordenamento jurídico

2.1.3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Com a crescente consciencialização da autonomia, liberdade e dignidade das pessoas, foram surgindo várias normas cuja finalidade era evitar que não se repetissem abusos e violações contra a dignidade humana, como sucederam em grande escala durante a 2.^a Guerra Mundial. A necessidade de tornar o consentimento informado numa exigência para a prática de atos médicos consubstanciou-se pouco tempo após o *terminus* da guerra com o Código de Nuremberga.

O direito ao consentimento livre e esclarecido consiste num postulado axiológico e normativo presente nas várias ordens jurídicas e reconhecido indubitavelmente no direito português. Sem cairmos em tentação de sermos demasiadamente exaustivos, vamos apenas referir quais os marcos históricos que assinalaram a evolução desta teoria ao longo do Século XX.

Em 1947 surgiu o Código de Nuremberga, um código inovador que defendia os direitos dos pacientes, nomeadamente, o direito à autodeterminação, estando, no entanto, mais direcionado para o âmbito da experimentação clínica⁸⁸. Este Código consagrou a doutrina do consentimento informado e exige quatro requisitos para que a autorização do paciente seja considerada válida: ser voluntário, ser prestado por pessoa capaz e ter sido o paciente informado e esclarecido⁸⁹.

Um ano volvido surge a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que, embora não efetue menções concretas no âmbito da Medicina acaba por indiretamente aludir à proteção do ser humano no artigo 12.^o⁹⁰

Em 1964, a Declaração de Helsínquia⁹¹ da Associação Médica Mundial viria a estabelecer a mesma regra da necessidade de consentimento para a investigação clínica.

português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente). Coimbra : Coimbra Editora, 2001, pág. 197 e seguintes.

⁸⁸ Cfr., André Dias Pereira – O consentimento informado ... pág. 59.

⁸⁹ Cfr., João Vaz Rodrigues - O consentimento informado para o ato médico ... pág. 35.

⁹⁰ “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada (...). Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei”. Cfr., Declaração Universal dos Direitos do Homem.

⁹¹ Esta Declaração versava sobre princípios éticos aplicáveis às investigações médicas que incidam sobre sujeitos humanos.

Por seu turno, o direito ao consentimento surge positivado pela primeira vez no Direito Internacional com o Pacto Internacional de Direito Cívico e Político,⁹² cujo artigo 7.º constitui a primeira norma internacional - de carácter vinculativo – com vista à proteção do consentimento informado.⁹³

Mas só em 1981 viria a ser reconhecido pela Associação Médica Mundial⁹⁴ na famosa Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Doente⁹⁵, o consentimento informado do paciente como um direito de alcance geral, e não apenas circunscrito ao campo da investigação médica. Surgiria, assim, um direito “de aceitar ou recusar” que existiria “depois de (o doente) ter sido legalmente informado sobre o tratamento proposto”.⁹⁶ A partir de agora, o paciente passava a poder exercer, no âmbito de toda e qualquer intervenção médica, o direito de decidir autónoma e livremente sobre o seu próprio destino.⁹⁷

Nos anos 90 nascera um consenso na Europa relativamente à necessidade de respeitar e desenvolver a autonomia do paciente, baseado na dignidade de cada ser humano. Assim, em 1997, os Estados Membros do Conselho da Europa⁹⁸ aprovaram para assinatura, a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina.⁹⁹ Esta Convenção versa sobre um dos princípios fundamentais que é o respeito pelo consentimento informado¹⁰⁰ relativo à proteção das pessoas que careçam de capacidade para prestar o seu consentimento¹⁰¹ e, também, relativo à proteção das

⁹² Adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução 2200A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de Dezembro de 1966. Aprovação para ratificação: Lei n.º 29/78, de 12 de Junho, publicada no Diário da República, I – A série, n.º 133/78 (retificada mediante aviso de retificação publicado no Diário da República n.º 153/78, de 6 de Julho).

⁹³ Artigo 7.º: “Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Em particular, é proibido submeter uma pessoa a uma experiência médica ou científica sem o seu livre consentimento”. Cfr., Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos.

⁹⁴ A Associação Médica Mundial é uma associação de direito privado. As declarações que produz têm natureza de *soft law*, não podendo vincular os Estados nem atribuir direitos subjetivos aos cidadãos.

⁹⁵ Adotada em Lisboa em Setembro e Outubro de 1981 e alterada em Bali em Setembro de 1995.

⁹⁶ Cfr., André Dias Pereira – O consentimento informado ... pág. 27.

⁹⁷ Sobre esta evolução histórica ver André Dias Pereira – O consentimento informado ... pág. 24-30.

⁹⁸ Bem como outros Estados, como os Estados Unidos, o Canadá, a Austrália, o Japão e o Vaticano, e a Comunidade Europeia.

⁹⁹ Cfr., Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina.

¹⁰⁰ O artigo 5.º da CEDH/Bio afirma: “1 – Qualquer intervenção no domínio da saúde apenas pode ser efetuada depois da pessoa em causa dar o seu consentimento de forma livre e esclarecida”; “2- A esta pessoa deverá ser dada previamente uma informação adequada quanto à natureza e ao objetivo da intervenção, bem como às suas consequências e aos seus riscos”; “3- A pessoa em causa poderá, a qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento”.

¹⁰¹ Artigo 6.º da CEDH/Bio: “Proteção das pessoas que careçam de capacidade para prestar o seu consentimento”. Destaca-se o n.º 3 que refere: “Sempre que, nos termos da lei, um maior cuidado, em virtude de deficiência mental, de doença ou por motivo similar, de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efetuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei. A pessoa em causa deve, na medida do possível, participar no processo de autorização”.

peças que sofram de perturbação mental¹⁰². Esta Convenção foi ratificada por Portugal em 2001.¹⁰³

No âmbito da União Europeia evidencia-se na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹⁰⁴, a consagração expressa do direito ao consentimento informado. O seu artigo 3.º n.º 2, alínea a) consagra o consentimento informado como pressuposto ao ato médico.¹⁰⁵

2.1.4. NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

O ordenamento jurídico português protege a integridade física e moral do indivíduo e garante a sua autodeterminação. (¹⁰⁶) (¹⁰⁷)

O artigo 25.º da Constituição da República Portuguesa consagra o direito à integridade pessoal afirmando que, “a integridade moral e física das pessoas é inviolável”; por sua vez, o artigo 26.º n.º 1 estabelece o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, e o n.º 3, garante a “dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e criação de tecnologias e na experimentação científica”. O direito à integridade moral e física e ao livre desenvolvimento da personalidade são expressões concretizadas desse postulado fundamental que é a Dignidade Humana (artigo 1.º).

No plano do Direito Civil, está consagrado no artigo 70.⁰¹⁰⁸ do Código Civil o direito geral de personalidade, protegendo o direito à integridade física ou moral dos indivíduos. De entre todos, “a *vida* do indivíduo e a respetiva *dignidade* são os primeiros dos Direitos do Homem (artigos 3.º e 1.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem) e dos

¹⁰² Artigo 7.º da CEDH/Bio: “Proteção das pessoas que sofram de perturbação mental”.

¹⁰³ Aprovado para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, de 3 de Janeiro, publicada no Diário da República, I Série-A, n.º 2/2001.

¹⁰⁴ O Tratado de Lisboa incorpora a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, pelo que, estes direitos passarão a ter força normativa plena.

¹⁰⁵ Cfr., Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

¹⁰⁶ Exemplo disto são os artigos 1º, 9º alínea b), 12º, 13º, 25º, 26º, 63º, 64º, 71º e 72º da CRP que atribuem ao Estado a função de garantir os direitos e liberdades fundamentais de todas as pessoas, logo recai sobre o Estado a responsabilidade principal na proteção das pessoas incapazes, mais vulneráveis e dependentes, nomeadamente no que diz respeito ao dever de tutelar e garantir o direito à saúde dos cidadãos.

¹⁰⁷ Neste sentido *vide* Geraldo Rocha Ribeiro – A proteção do incapaz adulto no direito português. Coimbra : Coimbra Editora, 2011, pág. 60-61.

¹⁰⁸ “O artigo limita-se a declarar, em termos muito genéricos e muito sucintos, a ilicitude das ofensas ou das ameaças à personalidade física ou moral dos indivíduos [...]. Mas daquela referência genérica pode inferir-se a existência de uma série de direitos (à vida, à integridade física, à liberdade, à honra, ao bom nome, à saúde, etc.) que a lei tutela nos termos do n.º 1”. Cfr., Pires de Lima e Antunes Varela – Código civil anotado. Coimbra : Coimbra Editora, 1987. V. 1, pág. 104.

Direitos Fundamentais reconhecidos pela União Europeia (artigos 2.º e 1.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia), e também do ponto de vista do Direito Constitucional dos “Direitos, Liberdades e Garantias (artigos 24.º e 1.º da Constituição)”¹⁰⁹. Pese embora para o Direito Privado a vida e a integridade física surjam como bens de personalidade, catalogados nos direitos de personalidade do indivíduo, é na Constituição que a maior parte se encontra nominada, nos artigos 24.º a 46.⁰¹¹⁰.

Os direitos de personalidade são intransmissíveis na medida em que não se podem separar da pessoa em atenção a quem foram criados¹¹¹, bem como, são insuscetíveis de exercício por intermédio de terceiro, designadamente mediante a intervenção de procurador¹¹².

Em geral, os direitos de personalidade imperam, em princípio, sobre os direitos das demais espécies, nomeadamente, aos bens ou valores patrimoniais. Os Direitos Fundamentais respeitantes aos direitos individuais previstos na Constituição (artigos 24.º a 79.º) prevalecem “os primeiros entre os primeiros”, porque a tutela da dignidade do ser humano (artigo 1.º) assim o exige¹¹³. Daí que, em caso de colisão de direitos, não poderemos dizer *ad initio* que os direitos de personalidade se devam considerar sempre superiores aos direitos de qualquer outra espécie, assegurando-lhes, o que José Alberto González considera “uma preponderância tendencial”, usando um critério para estabelecer a graduação desses direitos, resultante do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição: o *princípio da necessidade*¹¹⁴.

No mesmo sentido protecionista encontramos o artigo 340º do Código Civil¹¹⁵ que, com as devidas adaptações, considera lícita a conduta do médico que atue após ter obtido o

¹⁰⁹ Cfr., José Alberto González - Testamento vital e procuração de cuidados de saúde. Lisboa : Quid Juris, 2003, pág. 13 e 14.

¹¹⁰ Cfr., José Alberto González – Testamento vital e procuração de cuidados de saúde. Lisboa : Quid Juris, 2003, pág. 14.

¹¹¹ Cfr., José Alberto González – Testamento vital e procuração de cuidados de saúde. Lisboa : Quid Juris, 2003, pág. 35.

¹¹² Cfr., Capelo de Sousa Rabindranath, *apud* José Alberto González – Testamento vital e procuração de cuidados de saúde. Lisboa : Quid Juris, 2003, pág. 36.

¹¹³ Cfr., Capelo de Sousa, *apud* José Alberto González - Testamento vital e procuração de cuidados de saúde. Lisboa : Quid Juris, 2003, pág. 36 e ss.

¹¹⁴ Cfr., Capelo de Sousa, *apud* José Alberto González - Testamento vital e procuração de cuidados de saúde. Lisboa : Quid Juris, 2003, pág. 36 e ss.

¹¹⁵ O consentimento previsto no artigo 340.º do CC “funciona como causa de exclusão da ilicitude, justificando a conduta de quem *a priori* estaria a praticar um ato ilícito e, por isso, a incorrer em responsabilidade civil aquiliana”. Cfr., José Alberto González - Testamento vital e procuração de cuidados de saúde. Lisboa : Quid Juris, 2003, pág. 59.

Artigo 5.º da Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina de 4 de Abril de 1997 (Oviedo): “Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa e o seu consentimento livre e

consentimento do doente para determinado tratamento ou intervenção (n.º 1), exceto nos casos em que tal seja contrário à lei ou aos bons costumes (n.º 2).

Seguindo a posição adotada por José Alberto González, “o consentimento para a lesão resulta de um contrato celebrado entre quem a *autoriza* e quem a causa. Como qualquer contrato, sujeita-se à regra *pacta sunt servanta*. De onde decorre que a parte que beneficia do consentimento tem o *direito* de exigir que a outra suporte os efeitos jurídicos e factuais associados à sua execução”¹¹⁶.

Muito importante é ainda a questão respeitante à livre revogabilidade do consentimento prestado pelo titular do direito. Atendendo ao facto de estar em causa a tutela da personalidade humana, o consentimento é sempre livremente revogável podendo o titular do direito de personalidade a todo o tempo e arbitrariamente, pôr termo ao consentimento antes concedido, não obstante o titular que revogar a permissão anteriormente concedida, ficar obrigado a “indemnizar dos prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte” (¹¹⁷) (¹¹⁸). No entanto, impõe-se referir que, “admitindo-se a justeza do direito à atribuição da compensação em causa, [...] esta apenas se destine a cobrir as despesas que a “outra parte” fez mas não teria feito se o consentimento jamais tivesse sido outorgado”¹¹⁹.

No entanto, o consentimento informado está previsto de forma mais concreta no Código Penal, que exige, em regra, a sua verificação para a prática do ato médico. Este Código consagra no capítulo dos crimes contra a liberdade, o tipo intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários no artigo 156º n.º 1, onde estabelece sanções para os profissionais médicos que não cumpram o dever de obter o consentimento prévio do doente, bem como exceções a esta obrigatoriedade (n.º 2). O Código Penal institui, também, com rigor, o dever de esclarecimento do paciente no artigo 157º. Destacando-

esclarecido. Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos. A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento”.

¹¹⁶ Cfr., José Alberto González – Testamento vital e procuração de cuidados de saúde. Lisboa : Quid Juris, 2003, nota de rodapé 123, pág. 60: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25/10/2005, Proc. n.º 05ª2577: “O contrato da cedência da exploração comercial da imagem de um desportista profissional, celebrado para vigorar por período determinado, tendo em vista a imagem do respetivo titular enquanto desportista, e tendo o desportista titular do direito à imagem sido previamente remunerado pela cedência, é válido, por não ser contrário a princípios de ordem pública”.

¹¹⁷ Cfr., José Alberto González – Testamento vital e procuração de cuidados de saúde. Lisboa : Quid Juris, 2003, pág. 60 e ss.

¹¹⁸ Cfr., artigo 81.º n.º 2, do Código Civil.

¹¹⁹ Cfr., José Alberto González – Testamento vital e procuração de cuidados de saúde. Lisboa : Quid Juris, 2003, pág. 61 e ss.

se, ainda, no mesmo Código, os artigos 38º, 39º, 149º e 150º, relativamente à regulação do direito ao consentimento informado no ordenamento jurídico português.

O consentimento informado é igualmente referido em normas deontológicas inseridas nos artigos 44º e seguintes do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.¹²⁰ Mas para além deste, aparece enunciado noutros diplomas avulsos e legislação dispersa. É possível elencar: a Lei de bases da Saúde de 1968; a Lei n.º46/2004, de 19 de Agosto, sobre Ensaios Clínicos; a Lei n.º12/93, de 22 de Abril, sobre Transplantes de Órgãos e Tecidos (atualizada pela Lei n.º22/2007, de 29 de Junho, e, pela Lei n.º12/2009, de 26 de Março); a Lei n.º3/84, de 24 de Março, sobre Esterilização; o Despacho n.º108/97 da Ministra da Saúde, DR, II 6-8 sobre Diagnóstico Pré-Natal; a Lei n.º36/98, de 24 de Julho, sobre Saúde Mental; o artigo 84º do Decreto-Lei 104/98, de 21 de Abril, referente ao Estatuto da Ordem dos Enfermeiros; os artigos 17º a 19º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos Dentistas.

Por seu turno, a Lei de Bases da Saúde confere aos utentes o direito a “ser informados sobre a sua situação, as alternativas possíveis do tratamento e a evolução provável do seu estado”. (Base XIV, n.º 1, alínea e) da Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto).

O dever de esclarecer também está previsto no Código Deontológico da Ordem dos Médicos¹²¹ (artigo 38.º - dever de esclarecimento e recusa de tratamento). Este dever assume a natureza de um verdadeiro dever profissional, sendo, portanto, sindicável, independentemente da existência de um contrato com o paciente. Os diversos países europeus têm regulamentação sobre esta matéria, sendo de destacar as recentes legislações aprovadas em Espanha¹²² e em França¹²³.

É nosso entendimento que, em todos os países europeus, o paciente tem o direito a ser informado, a fazer uma escolha informada em relação ao tratamento e a consentir ou a

¹²⁰ Cfr., Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

¹²¹ É discutido, em Portugal, o valor jurídico-normativo, do Código Deontológico da Ordem dos Médicos. Com a ratificação da Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina, o Código Deontológico vê a sua força jurídica reforçada, já que as obrigações profissionais e regras de conduta devem se respeitadas em qualquer intervenção na área da saúde (artigo 4.º). Assim, o conteúdo das normas do Código serve de auxiliar decisivo para apreciar uma conduta médica, num tribunal ordinário. Contudo, as normas deontológicas têm de se subordinar à legislação ordinária.

¹²² Cfr., Ley 41/2002, de 14 de Noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente e y de Derechos y Obligaciones en Materia de Information y Documentación Clínica. Boletín Oficial Del Estado de 15/11/2002.

¹²³ Cfr., Lei de 04 de Março de 2002 sobre os direitos dos pacientes e a qualidade do sistema de saúde (L. n.º 2002-303 du 04 Mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé).

recusar um tratamento proposto. Este direito ao consentimento informado constitui a expressão mais clara ao princípio da autonomia que marca a bioética dos nossos dias.

3. O MENOR E O CONSENTIMENTO INFORMADO NA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS MÉDICOS

3.1. A VALIDADE DO CONSENTIMENTO

3.1.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Desde há alguns anos para cá que tem vindo a verificar-se, o que, nas palavras de Ana Amorim se considera por “revolução” no que diz respeito à importância do consentimento informado para a prática de um ato médico, tanto por parte da comunidade médica como da própria sociedade em geral¹²⁴. Esse facto deve-se sobretudo à evolução da Medicina e aos seus grandes progressos tecnológicos e científicos, capazes de fornecer diagnósticos e tratamentos mais eficazes, mas que, por conseguinte, transportam, em si, maiores riscos. Mas não só, a sociedade tem igualmente assistido a um aumento exponencial do respeito pela autonomia, dignidade e autodeterminação do ser humano¹²⁵. O médico deixou de adotar um comportamento que estaria influenciado pelo paternalismo médico, onde desempenhava um papel muito diferente daquele a que hoje está obrigado.

Até muito recentemente, a regra clássica na relação médico-paciente permitia ao médico decidir que atos médicos iria praticar ou não praticar, sem qualquer necessidade de requerer previamente o consentimento do paciente. A sua única preocupação era não lesar o corpo, a saúde ou a vida do paciente, - e mesmo esta é uma preocupação recente, dado que os médicos gozam tradicionalmente de um estatuto de privilégio face aos danos causados ao paciente, o que levou a que a má prática médica tenha passado ao lado do controlo judicial¹²⁶. Era o profissional de saúde que decidia pelo doente, sem qualquer atenção ou estima pela sua vontade e autodeterminação, uma vez que, na relação em causa, ele era considerado o sujeito com mais aptidões e competências para entender o alcance de todo o tratamento proposto, e conseqüentemente escolher qual seria o melhor na situação concreta.

¹²⁴ Cfr., Ana Amorim – O consentimento informado de menores : reflexões críticas sobre a lei actual. Lex Medicinæ - revista portuguesa de direito da saúde. A. 8, n. 15 (2011), pág. 113.

¹²⁵ “Durante muitos anos verificou-se uma desumanização dos cuidados de saúde que, em parte, se baseava no próprio Juramento de Hipócrates, pois este implicitamente deixava transparecer a ideia de que o «paciente não tem cara»”. Cfr., Rafael Vale e Reis, *apud* Ana Amorim – O consentimento informado de menores : reflexões críticas sobre a lei actual. Lex Medicinæ - revista portuguesa de direito da saúde. A. 8, n. 15 (2011), pág. 113.

¹²⁶ Cfr., Vera Lúcia Raposo – Do ato médico ao problema jurídico: breves notas sobre o acolhimento da responsabilidade civil médica e profissional na jurisprudência nacional. Almedina : Coimbra, 2013, pág. 214.

Em 1947 o Tribunal de Nuremberga consagra o consentimento informado como afirmação e resposta à autonomia do indivíduo doente face ao paternalismo médico tradicional. A partir desse acontecimento histórico a prática médica é desempenhada tendo em vista a autonomia e beneficência dos pacientes. Ao estabelecer-se a obrigatoriedade do consentimento,¹²⁷ a lei reconhece ao paciente o direito a determinar o que pode e o que não pode ser feito ao seu corpo.

Quanto aos menores, apesar da sua incapacidade em razão da idade, estes são sujeitos jurídicos que possuem direitos protegidos a nível constitucional,¹²⁸ - nomeadamente direitos de personalidade - ainda que o exercício dos direitos sejam reduzidos comparativamente aos adultos capazes. E é com base nessa reduzida autonomia e capacidade de exercício de direitos, que surgiu a necessidade de o próprio legislador garantir uma maior proteção dos mesmos, contra possíveis ataques à sua integridade física ou moral.¹²⁹

Durante o período em que vigorava o Código de Seabra, a maioria durava até aos 21 anos. Com a Reforma do Código Civil de 1977, a nova redação do artigo 122.º consagra uma alteração muito importante quanto ao termo normal da menoridade¹³⁰. Atualmente é aos 18 anos que se atinge essa maioria (¹³¹) (¹³²).

O entendimento desta alteração surge “como razão substancial da modificação, salientando-se o facto de os jovens se encontrarem hoje sujeitos a um processo mais rápido de desenvolvimento psíquico e cultural”¹³³.

¹²⁷ O consentimento surge para que o médico possa praticar determinado ato médico, e neste sentido, vê-se obrigado a informar o paciente no que diz respeito ao diagnóstico, alcance, consequências e riscos da intervenção que irá ser realizada (artigo 157.º do CP). Existem, no entanto, exceções ao dever de esclarecimento, tal como o privilégio terapêutico e o Direito do doente a “não saber”. Cfr., Ana Amorim – O consentimento informado de menores : reflexões críticas sobre a lei atual. Lex Medicinæ - revista portuguesa de direito da saúde. A. 8, n. 15 (2011), pág. 114.

¹²⁸ Cfr., artigo 26.º n.º 1 da CRP. Presume-se que este artigo também seja aplicável às crianças e jovens considerados pela lei como sendo menores, uma vez que o legislador refere que “a todos são reconhecidos os direitos [...]”, não fazendo por isso qualquer tipo de distinção ou exclusão.

¹²⁹ Cfr., artigo 69 da CRP refere-se à especial proteção da infância.

¹³⁰ Cfr., Pires de Lima e Antunes Varela - Anotação ao artigo 122.º - Código civil anotado. Coimbra : Coimbra Editora, 1987. V. 1, pág. 135.

¹³¹ Cfr., artigo 122.º do CC.

¹³² “A fasquia dos 18 anos teve, assim, consagração expressa no universo de direito internacional público, muito por reflexo do amplo consenso nas diversas legislações internas dos Estados na fixação dos 18 anos como o marco da presunção de *maturidade* e *autonomia* da pessoa. Entre nós, a marca dos 18 anos de idade foi escolhida para a passagem *legal* da menoridade para a maioria pela reforma do Código Civil de 1977, verificando-se uma concordância entre a maioria eleitoral [artigo 49.º n.º 1 CRP] e a maioria civil (artigo 122.º CC)”. Cfr., Geraldo Rocha Ribeiro – A proteção do incapaz adulto no direito português. Coimbra : Coimbra Editora, 2011, pág. 106.

¹³³ Cfr., Pires de Lima e Antunes Varela – Código civil anotado. Coimbra : Coimbra Editora, 1987. V. 1, pág. 136.

No entanto, existem casos que permitem ao menor emancipar-se antes de atingir a maioridade. Essa emancipação pode ocorrer, por exemplo, em razão do casamento, a partir dos 16 anos¹³⁴. Mas, existem ainda, outras regras especiais relativas a “maioridades especiais”¹³⁵ atinentes a aspetos patrimoniais e principalmente, respeitantes a aspetos pessoais da vida do menor¹³⁶. Mas não só: os atos de gestão económica de menor importância, decorrentes da normal vida do menor também são igualmente válidos¹³⁷.

Para além destas situações, o menor, a partir dos 16 anos, pode escolher a sua religião¹³⁸ e tem a capacidade de perfilhar, sem necessidade de autorização dos seus pais¹³⁹. É também entendida uma maioridade especial para a liberdade de associação e expressão¹⁴⁰, bem como para a educação sexual.

É ainda concedido ao menor de 12 anos o dever de consentir na sua adoção¹⁴¹; a obrigatoriedade de audição por parte do Juiz aos filhos do adotante maiores de 12 anos¹⁴²; aos 14 anos o menor deve ver tomada em conta a sua opinião, reconhecendo-se o seu direito a opinar na escolha do tutor¹⁴³ e atribuindo-se aos filhos dos adotantes a faculdade de serem ouvidos pelo Juiz¹⁴⁴.

Concretamente na legislação relativa ao acesso à Medicina, consideram-se importantes as seguintes normas no que aos menores respeita: o artigo 142º do Código Penal sobre a interrupção voluntária da gravidez que permite à jovem grávida de 16 anos tomar a decisão; o artigo 5º n.º 3 da Lei n.º36/98, de 24 de Julho (Lei de Saúde Mental), ao

¹³⁴ Artigos 132.º e 133.º do CC.

¹³⁵ A expressão é de Guilherme de Oliveira – O acesso dos menores aos cuidados de saúde. Revista de Legislação e Jurisprudência. A. 132, n. 3898 (Maio de 1999), pág. 226.

¹³⁶ O artigo 127.º do CC prevê exceções à regra geral da incapacidade de exercício de direitos. Também se atribui alguma autonomia ao menor para trabalhar (artigo 55.º n.º 2 do Código do Trabalho, para o exercício do seu trabalho (artigo 127.º n.º 1, alínea c do CC)) e na própria gestão dos rendimentos que sejam fruto do seu trabalho (artigo 127.º n.º 1, alínea a do CC)).

¹³⁷ Artigo 127.º n.º 1, alínea b) do CC.

¹³⁸ Artigo 1886.º do CC.

¹³⁹ “Quanto ao estabelecimento da filiação por intermédio da perfilhação, reconhece-se capacidade às crianças do sexo masculino maiores de 16 anos (artigo 1850.º do CC) que apresentem suficiente capacidade natural para entender e querer o ato que praticam, de forma esclarecida, sobre a autoria da concepção, à data da perfilhação. Decorre que a presunção concedida ao maior de 16 anos para perfilhar vale tão-só enquanto este detenha capacidade natural suficiente para compreender e querer o ato de perfilhação, pois, apesar da maioridade especial reconhecida (ou emancipação pessoal), pode, no caso concreto, verificar-se a incapacidade da criança maior de 16 anos para perfilhar, nos termos do artigo 1601.º, al. b) do CC”. Cfr., Geraldo Rocha Ribeiro - A proteção do incapaz adulto no direito português. Coimbra : Coimbra Editora, 2011, pág. 116.

¹⁴⁰ Lei n.º 124/99, de 20 de Agosto.

¹⁴¹ Artigo 1981.º n.º 1, al. a) do CC.

¹⁴² Artigo 1984.º al. a) do CC.

¹⁴³ Artigo 1931.º n.º 2 do CC.

¹⁴⁴ Artigo 1984.º al. a) do CC.

prever que somente os menores de 14 anos, ou aqueles que não possuam o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento, é que serão substituídos pelos representantes legais para exercer os direitos previstos nas alíneas c), d) e e) do n.º 2 do mesmo artigo; o artigo 5.º da Lei n.º 3/84, de 24 de Março, ao assegurar “a todos, sem discriminações, o livre acesso às consultas e outros meios de planeamento familiar” e o artigo 5º n.º 2 da Portaria n.º 52/85, de 26 de Janeiro, relativa a Consultas de Planeamento Familiar e Centros de Atendimento para Jovens, ao prever o acesso “sem quaisquer restrições [...] às consultas de planeamento familiar todos os jovens em idade fértil”.

Todavia, e excecionalmente, o que sucede nestes e nos demais atos jurídicos em que ou o menor tem capacidade para atuar por si, ou, para que sejam válidos, é necessário, em princípio, a “atuação” dos representantes legais, surge o caso das chamadas Diretivas antecipadas de vontade. Apesar de estar em causa um negócio jurídico em que se aplicam-lhe as regras próprias do instituto, neste caso em concreto, a menoridade afeta fundamentalmente a capacidade de exercício (artigo 123.º do Código Civil). Mais ainda, provoca uma diminuição da capacidade de gozo, ou seja, o cidadão menor de idade não tem simplesmente o direito de realizar um testamento vital. Nem para a sua realização pode estar representado seja pelos seus progenitores, seja por um tutor.

A própria lei diz expressamente no artigo 4.º alínea a) da Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho, exigindo como requisito de capacidade para outorgar um documento de diretivas antecipadas da vontade, as pessoas que sejam maiores de idade. Pela mesma razão, não pode instituir um procurador de cuidados de saúde (artigo 11.º n.º 2 da Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho)¹⁴⁵.

Normalmente, com a emancipação, o menor equipara-se a um maior. Por outras palavras, “não obstante a idade inferior a dezoito anos, o menor emancipado fica genericamente igualado a maior, no que à sua capacidade diz respeito. Salvaguardam-se as situações em que a própria lei tenha explicitamente estabelecido o contrário. [...]

¹⁴⁵ Cfr., José Alberto González – Testamento vital e procuração de cuidados de saúde. Lisboa : Quid Juris, 2003, pág. 95 e ss.

É o que se passa com o *living will*: o menor emancipado não dispõe de capacidade de gozo para o celebrar”¹⁴⁶.

Na capacidade para consentir dos menores em sede de cuidados médicos, a situação é delicada. Não só porque se trata de direitos de personalidade indisponíveis, que “são o arquétipo dos direitos absolutos”¹⁴⁷, mas também, devido à fragilidade e vulnerabilidade que os caracteriza.

Tomando como orientação um relatório realizado pela Comissão Nacional da Saúde Materna, da Criança e do Adolescente, em colaboração com o Alto Comissário da Saúde¹⁴⁸, que tem como base a realização de um questionário pelos Serviços de Pediatria em Portugal Continental e Ilhas, sobre o consentimento informado por parte dos pacientes em idade pediátrica, cerca de 36 serviços hospitalares (cerca de 75%) adotam uma política sobre o consentimento informado em idade pediátrica; 7 serviços (cerca de 14,5%) referiam que cabe a cada profissional de saúde decidir sobre a prática; 4 serviços (cerca de 8,3%) referiram que existe uma prática sobre o consentimento informado e cabe a cada profissional decidir, e, apenas 1 de entre os quais foram objeto de análise referiu que o consentimento informado é obtido apenas por parte dos pais ou tutores legais.

Pelo exposto, conclui-se que há uma maioria considerável dos serviços que apoiam a doutrina do consentimento informado em idade pediátrica, sendo apenas cerca de 2% dá esse poder aos representantes legais do menor. Ainda que esse entendimento seja levado a cabo de acordo com o cumprimento das normas que regem o consentimento informado, cremos que ainda assim, deva ser reconhecido ao menor o direito a serem devidamente informados e ouvidos, no que respeita ao consentimento informado.

A capacidade de agir e de consentir são ainda bastantes vezes subestimadas, relacionado com o receio de que a decisão daqueles possa ser precipitada e irracional, podendo, conseqüentemente, colocar a sua vida em risco. E é com base neste fundamento que o legislador sentiu necessidade de estipular uma idade limite (prevista

¹⁴⁶ Cfr., José Alberto González – Testamento vital e procuração de cuidados de saúde. Lisboa : Quid Juris, 2003, pág. 96 e ss.

¹⁴⁷ “Aqueles cujo ser não depende da existência de uma posição jurídica passiva simétrica que lhes sirva de sustentação. Sobre as demais pessoas incide, por consequência o dever de não intromissão na esfera jurídica de outrem e, portanto, em direitos alheios”. Cfr., José Alberto González – Testamento ... pág. 63.

¹⁴⁸ Cfr., Anexo A – Ministério da Saúde. Alto Comissariado da Saúde. CNSMCA – Relatório de resultados : questionário sobre o consentimento informado, acompanhamento de crianças até aos 18 anos de idade e visitas a doentes no internamento hospitalar, 2011, págs. 6 e ss.

no artigo 38.º do Código Penal) para o consentimento dos menores. De acordo com o artigo 38.º do Código Penal, o menor que tiver mais de 16 anos, e seja dotado do discernimento necessário para a tomada de decisões, tem o poder de dispor do seu corpo e, por conseguinte, consentir no ato médico. A regra contida nesta disposição é o critério de validade para que se preste consentimento em sede das intervenções médico-cirúrgicas tuteladas pelo artigo 156.º do Código Penal. Mas, não terá sido o legislador demasiado restritivo, - atendendo à realidade atual -, ao fazer depender a validade do consentimento ao critério da idade para permitir a realização de intervenções médico-cirúrgicas?

O consentimento informado apresenta vários elementos relacionados com o doente tais como: capacidade, competência e vontade, informação a prestar ao doente (revelação, recomendações e compreensão) e o consentimento propriamente dito (decisão e autorização)¹⁴⁹. A capacidade refere-se ao nível cognitivo e de consciência do doente que lhe permite compreender as diferentes componentes da informação, ponderar e refletir uma decisão que será posta em prática mediante a respetiva autorização¹⁵⁰. Já a competência refere-se aos direitos cíveis do doente, mediante os quais a lei reconhece o seu direito à autodeterminação¹⁵¹.

A verdade contudo é que uma decisão autónoma situa-se entre dois conceitos que, no fundo, acabam por ser divergentes: o desenvolvimento cognitivo que pode ser muito superior em determinados menores, e o critério que nos é imposto pelo Código Penal que apadrinha a incapacidade para os menores de 16 anos.

Destarte, e como indica Maria do Carmo Vale, “sendo o desenvolvimento cognitivo o processo através do qual a criança adquire formas de ação, pensamento e emoção progressivamente mais elaboradas e complexas, o pediatra reconhece-lhe capacidade para, em determinados grupos etários e em situações que não comportem risco relevante, a criança assumir-se como a principal guardiã e parceira no processo de tomada de decisão”¹⁵².

¹⁴⁹ Cfr. Jonsen, Siegler, Winslade *apud* Maria do Carmo Vale - Consentimento informado em pediatria. Ata Pediátrica Portuguesa, Vol. 34, n.º 3, (2003) pág. 172. ; Beauchamp, Childress *apud* Maria do Carmo Vale, - Consentimento informado em pediatria. Ata Pediátrica Portuguesa, Vol. 34, n.º 3, (2003) pág. 172.

¹⁵⁰ Cfr. Maria do Carmo Vale - Consentimento informado em pediatria... pág. 172.

¹⁵¹ Cfr. Maria do Carmo Vale - Consentimento informado em pediatria... pág. 173.

¹⁵² Cfr. Maria do Carmo Vale - Consentimento informado em pediatria ... pág. 173.

Nestes casos, o critério da idade torna-se ultrapassado em face de uma questão tão sensível como a capacidade para consentir, visto que nos parece difícil que possamos considerar uma idade fixa a partir do qual se possa reconhecer capacidade para certos atos médicos, nomeadamente para aqueles que envolvem a saúde, a vida, e a liberdade conferida ao menor de dispor do seu corpo.

Não estaremos defronte, como afirma Ana Amorim, da “existência de uma lei demasiadamente limitativa ao proibir um menor de 14 anos a prestar o seu consentimento, tendo em conta o atual estágio de desenvolvimento da nossa sociedade? Não deveria uma criança de 14 anos, com o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance daquela decisão e com o apoio tanto dos pais como dos médicos envolvidos, poder prestar um consentimento válido aos olhos da lei?”¹⁵³.

Não estará, deste modo, a lei a limitar a capacidade de consentir e, em último caso, afetar o desenvolvimento da autonomia de um paciente menor, ao atribuir o poder de decisão e disposição sobre o seu corpo, nas *mãos* dos representantes legais como se estes decidissem como verdadeiros detentores dessa capacidade?

Convém lembrar que o consentimento é a possibilidade de cada um decidir consoante as suas próprias crenças, valores e objetivos de vida¹⁵⁴. No sentido de que “o consentimento refere-se ao que o doente deseja para si próprio e não ao que uma terceira pessoa ambiciona para aquele mesmo doente”¹⁵⁵.

Apesar de surgirem dúvidas quanto à prestação do consentimento por indivíduos incapazes devido à idade, estes devem ser ouvidos e a sua vontade valorada, qualquer que seja a sua idade, uma vez que estão em causa direitos fundamentais como a sua saúde e integridade física¹⁵⁶. O menor é, independentemente da idade, um sujeito de direito, pelo que tem a faculdade de participar e a ser informado sobre a sua situação médica para, deste modo, salvaguardar o seu direito à vida e integridade pessoal. A menoridade tem como fim, garantir o essencial cuidado e proteção de que a criança

¹⁵³ Cfr., Ana Amorim - O consentimento informado de menores : reflexões críticas sobre a lei atual. Lex Medicinae - revista portuguesa de direito da saúde. A. 8, n. 15 (2011), pág. 115.

¹⁵⁴ Cfr., Committee on Bioethics – Informed Consent, Parental Permission and Assent in Pediatric Practice, Pediatrics Magazine, Volume 95, 1995, n.º 2, página 314-317, pág. 3, *apud* Ana Amorim - O consentimento informado de menores : reflexões críticas sobre a lei atual. Lex Medicinae - revista portuguesa de direito da saúde. A. 8, n. 15 (2011), pág. 115.

¹⁵⁵ Cfr., Ana Amorim – O consentimento informado de menores : reflexões críticas sobre a lei atual. Lex Medicinae - revista portuguesa de direito da saúde. A. 8, n. 15 (2011), pág. 115.

¹⁵⁶ Neste sentido *vide* artigo 6º n.º 2 da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e Medicina e, também, artigos 12º n.º 1 e 13º n.º1 da Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da criança.

necessita, para desta forma permitir o desenvolvimento da sua autonomia e personalidade¹⁵⁷ e um modo de suprimento através do exercício das responsabilidades parentais. Mas não só: além de ser um sujeito de direitos cujo ordenamento jurídico português visa tutelar, deverá igualmente ser garantido aos menores a proteção e o respeito pelo princípio da autonomia como princípio introduzido na ética médica, assim como garantir “a sua incidência exclusiva sobre o doente no sentido de autodeterminação individual que o princípio comporta”¹⁵⁸.

Tem-se colocado o problema de saber se num tratamento médico o menor de idade tem a capacidade e o discernimento suficiente para consentir, sendo alvo de debate qual a idade concreta para o fazer (apesar de não se dever descuidar os diferentes níveis de desenvolvimento cognitivo que cada um anuncia).

Naturalmente, é fundamental avaliar se a lei protege os menores de forma suficiente em situações que envolvam a sua saúde e integridade física, sobretudo, saber se o limite de 16 anos, previsto no artigo 38º do Código Penal, é apropriado à atualidade, e à sociedade atual, que se depara com uma constante evolução da Medicina, e com um progresso no grau de instrução superior dos menores. A alteração legislativa do Código Penal¹⁵⁹, que elevou a idade de consentimento do menor de 14 para 16 anos, e apesar de ter como alicerce a defesa dos interesses do menor, da família e da sociedade, é uma solução discutível no âmbito da doutrina portuguesa¹⁶⁰.

O Código Civil estabelece no artigo 122º que “é menor quem não tiver ainda completado 18 anos de idade” e, no artigo seguinte prevê que os menores carecem de capacidade de exercício de direitos, pelo que tal carência é suprida pelo instituto das responsabilidades parentais ou, subsidiariamente, pela tutela¹⁶¹. Os 18 anos marcam no

¹⁵⁷ Cfr. Geraldo Ribeiro – Quem decide pelos menores? (algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para atos médicos). *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. A. 7 n. 14 (2010), pág. 106.

¹⁵⁸ Cfr., Maria do Céu Rueff – O segredo médico como garantia de não discriminação. Estudo de caso: HIV/Sida. Coimbra : Coimbra Editora, 2009, pág. 618 e ss.

¹⁵⁹ Alteração promovida pela Lei n.º59/2007, de 4 de Setembro.

¹⁶⁰ De entre outros, André Dias Pereira – O consentimento informado ... pág. 317, que defende a idade de 14 anos como referência no direito português. João Vaz Rodrigues - O consentimento informado para o ato médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente). Coimbra : Coimbra Editora, 2001, pág. 204-205, atribui grande relevância “à capacidade de discernimento” e não tanto à idade prevista pelo Código Penal para consentir, afirmando que “a existência ou falta de capacidade deveria ser analisada casuisticamente, ponderando-se a relação entre a idade do menor [...], o seu discernimento e o tratamento [...]”.

¹⁶¹ Cfr., artigo 124º do CC.

ordenamento jurídico português, a passagem legal da menoridade para a maioridade, pelo que se verifica uma semelhança entre a idade eleitoral¹⁶² e a maioridade civil.

Por outro lado, o Código Penal refere no n.º 3 do artigo 38º que “o consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos” e cumulativamente, se possuir o “discernimento necessário” que lhe permita “avaliar o sentido e alcance” que tal decisão comporta, isto é, ter a capacidade de avaliar o alcance, a duração, os riscos, os benefícios, os prazos de recuperação, bem como as consequências que a recusa a se submeter a uma intervenção médica tenha¹⁶³. O Código Penal permite que o maior de 16 anos seja visto como um adulto no que diz respeito às intervenções clínicas¹⁶⁴, reforçado pelo entendimento previsto na CEDH/Bio, no seu artigo 6º n.º 2, onde refere que a “opinião do menor é tomada em consideração como um fator cada vez mais determinante, em função da sua idade e do seu grau de maturidade”.

No entanto, apesar de os 16 anos ser uma presunção de capacidade de discernimento, esta tem de ser verificada casuisticamente, pelo que é possível que o médico considere que o menor não é competente para consentir, tendo por base critérios como a maturidade do menor, o grau de autonomia que tem na sua vida em geral, no domínio ou na experiência que tem com a doença, e da relação clínica em particular, e, nesse sentido, tenham de ser os seus representantes legais a decidir prestar ou não o consentimento¹⁶⁵.

Segundo o artigo 1877º do Código Civil “os filhos estão sujeitos às responsabilidades parentais até à maioridade ou emancipação”, pelo que os pais têm o poder-dever de velar pela sua segurança, saúde, sustento, dirigir a sua educação, representar os menores e administrar os seus bens¹⁶⁶. Tal responsabilidade dos pais está também prevista no artigo 36º n.º 5 da Constituição, que atribui um direito e, ao mesmo tempo, um dever aos pais na educação dos filhos¹⁶⁷, que caso não seja devidamente cumprido pode resultar na limitação ou perda das responsabilidades parentais¹⁶⁸.

¹⁶² Cfr., artigo 49º n.º 1 da CRP: “Têm direito de sufrágio todos os cidadãos maiores de dezoito anos, ressalvadas as incapacidades previstas na lei geral”.

¹⁶³ Cfr. Jorge de Figueiredo Dias – Direito penal, parte geral : questões fundamentais : a doutrina geral do crime. Coimbra : Coimbra Editora, 2004. T. 1, pág. 451.

¹⁶⁴ Cfr. João Vaz Rodrigues – O consentimento informado para o ato médico ... pág. 203.

¹⁶⁵ Cfr. André Dias Pereira – O consentimento informado ... pág. 317 e ss.

¹⁶⁶ Cfr., artigo 1878.º n.º 1 do CC.

¹⁶⁷ Cfr., artigo 36º n.º 5 da CRP: “Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos.”

¹⁶⁸ Cfr., artigo 36º n.º 6 da CRP: “Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial.”

O poder paternal tem, no entanto, alguns limites que se prendem com a idade do menor e a situação civil dos pais. Assim, quando os pais são casados, o exercício do poder paternal compete a ambos¹⁶⁹, mas quando não o façam de comum acordo, pode qualquer um deles recorrer junto do tribunal, que tentará a conciliação¹⁷⁰. Diferentes são as situações (divórcio, separação judicial de pessoas e bens, separação de facto ou em caso de filho nascido fora do matrimónio, declaração de nulidade ou anulação do casamento) em que é necessária a regulação do exercício das responsabilidades parentais, que será exercido em comum ou, na falta de acordo, por aquele a quem o filho foi confiado. Nos casos em que os pais não possam, ou estejam inibidos de exercer o poder paternal, o menor será representado por um tutor que será designado pelos pais ou pelo Tribunal de Menores¹⁷¹.

O poder paternal é conferido aos representantes legais devido à incapacidade normal de os menores defenderem os seus interesses. Os pais devem “de acordo com a maturidade dos filhos [...] ter em conta a sua opinião [...] e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida”¹⁷². Isto reflete a gradual autonomia dos menores que aumenta, proporcionalmente, em função da idade e maturidade, e permite o exercício de mais direitos, que estavam exclusivamente reservados aos pais¹⁷³.

O estatuto da menoridade acompanha a criança/adolescente enquanto tal se mostre necessário, uma vez que a evolução da sua maturidade implica um desaparecimento de tal estatuto¹⁷⁴. A idade de 16 anos é uma idade fronteira, pois, atribui ao menor de idade com capacidade de discernimento e autonomia suficiente, a possibilidade de decidir sobre atos médicos que os afetem, pelo que escapam à malha protetora do poder paternal situações que, no fundo, denotam uma certa emancipação parcial dos menores. Todavia, quando a intervenção médica implique compromissos jurídicos que o menor não tenha possibilidade de concretizar, - como por exemplo pagar os

¹⁶⁹ Artigo 1901.º n.º 1 do CC.

¹⁷⁰ Artigo 1901.º n.º 2 do CC.

¹⁷¹ Artigo 1927.º e ss do CC.

¹⁷² Artigo 1878.º, n.º 2, do CC.

¹⁷³ Cfr., João Vaz Rodrigues - O consentimento informado para o ato médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente). Coimbra : Coimbra Editora, 2001, pág. 209.

¹⁷⁴ Cfr. Geraldo Ribeiro – A proteção do incapaz adulto no direito português. Coimbra : Coimbra Editora, 2011, pág. 115-118.

honorários, a medicação ou o internamento - implica que sejam os titulares do poder paternal a assumir tais deveres¹⁷⁵.

O menor goza ainda de uma garantia de confidencialidade mesmo em relação aos pais, uma vez que, se tem autonomia para decidir sobre a intervenção médica, também deverá gozar de garantias acessórias, como é a confidencialidade. Embora este direito colida com a necessidade que o menor terá para garantir uma contínua prestação de cuidados de saúde após uma intervenção médica, pelo que, o médico terá de procurar junto do menor uma solução para que este consinta na revelação da informação aos titulares do poder paternal¹⁷⁶. Em casos limite, quando o menor pretenda manter a confidencialidade, o médico poderá quebrar o segredo médico com base na necessidade de futuras intervenções e tratamentos que o menor não poderá suportar *per si*. Esta quebra do segredo médico assenta em regras como a colisão de direitos, do artigo 335º do Código Civil, e o direito de necessidade ou conflitos de deveres, dos artigos 34º e 36º do Código Penal¹⁷⁷.

3.1.2. CAPACIDADE DE DIREITO E CAPACIDADE DE EXERCÍCIO

No ordenamento jurídico português a capacidade jurídica desdobra-se em dois institutos: a capacidade de direito (ou capacidade de gozo), e a capacidade de *exercício* (ou a capacidade de agir) deste mesmo direito. A primeira consiste na aptidão para ser titular de direitos e deveres, ao passo que a segunda consiste na suscetibilidade de atuar tais direitos e deveres de modo pessoal e livre¹⁷⁸. No caso dos menores de 18 anos de idade, essa capacidade está sujeita a algumas restrições, em especial no que diz respeito à prática de atos negociais. Segundo o artigo 67.º do Código Civil, “as pessoas podem ser sujeitos de quaisquer relações jurídicas, salvo disposição legal em contrário; nisto consiste a sua capacidade jurídica”.

Tomando como linha de orientação o estudo levado a cabo por José Alberto González, que enquadra esta matéria nos direitos fundamentais previstos na Constituição, incluindo o instituto da capacidade civil no capítulo dos “Direitos, Liberdades e

¹⁷⁵ Cfr. Guilherme Oliveira – Temas de direito da medicina. 2.ª ed. aumentada. Coimbra : Coimbra Editora, 2005, pág. 244.

¹⁷⁶ Cfr. Geraldo Ribeiro - A proteção do incapaz adulto no direito português. Coimbra : Coimbra Editora, 2011, pág. 131-132.

¹⁷⁷ Cfr. Guilherme Oliveira – Temas de direito da medicina. 2.ª ed. aumentada. Coimbra : Coimbra Editora, 2005, pág. 246.

¹⁷⁸ Cfr., José Alberto González – Código civil anotado : parte geral : artigos 1.º a 396.º. Lisboa : Quid Juris, 2011. V. 1, pág. 90 e ss.

Garantias”, mais concretamente no artigo 26.º n.º 1 da Constituição, e, por força do n.º 4 do mesma disposição, “as restrições à capacidade civil só podem efetuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos”¹⁷⁹. Do ponto de vista civilista, considera a capacidade jurídica do ser humano como “*genérica*, abrangendo a generalidade dos direitos e deveres que, por natureza, uma pessoa singular é suscetível de ser titular”¹⁸⁰.

Nos termos do artigo 122.º¹⁸¹ do Código Civil, a idade prevista na disposição legal surge como um elemento condicionante de aquisição dessa capacidade de exercício, não obstante os casos excecionais previstos na lei. Relativamente à incapacidade dos menores, o artigo 123.º do Código Civil dispõe que “salvo disposição em contrário, os menores carecem de capacidade para o exercício de direitos”, sendo a falta de capacidade de exercício de direitos suprida pelo instituto da *representação*, normalmente a cargo dos pais, quando no exercício do poder paternal (artigos 124.º, artigo 1878.º e 1881.º do Código Civil). A regra contida no artigo 123.º vai no sentido de “encarar os menores não emancipados como sofrendo de uma incapacidade *genérica* para agir”. Para o Autor, na idade abaixo do limite etário, “as pessoas carecem da maturidade bastante e da suficiente aptidão para “entender ou querer” exigível para a atuação jurídica”¹⁸².

Sucedo, no entanto, como melhor veremos adiante, que as restrições relativas à capacidade de exercício de direitos por crianças e adolescentes, não as privam da titularidade dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, nem tão-pouco as impedem de exercer, por si mesmas, determinados direitos de carácter pessoal, havendo, por isso, exceções à regra instituída pelo citado dispositivo legal, designadamente no que diz respeito ao exercício de direitos de personalidade, que não podem ficar a cargo do representante legal do menor.

É importante atendermos que, embora a incapacidade de exercício se funde na incapacidade natural, consistindo, esta, “na inaptidão para atuar e compreender

¹⁷⁹ Cfr., José Alberto González - Código civil anotado : parte geral : artigos 1.º a 396.º. Lisboa : Quid Juris, 2011. V. 1, pág. 91.

¹⁸⁰ Cfr., José Alberto González - Código civil anotado : parte geral : artigos 1.º a 396.º. Lisboa : Quid Juris, 2011. V. 1, pág. 91.

¹⁸¹ “É menor quem não tiver ainda completado dezoito anos de idade”.

¹⁸² Cfr., José Alberto González - Código civil anotado : parte geral : artigos 1.º a 396.º. Lisboa : Quid Juris, 2011. V. 1, pág. 148.

Reconhecendo a emancipação aos menores, para atuarem por si, nas hipóteses previstas nos artigos 127.º ou 488.º n.º 2, *a contrario*.

minimamente o alcance da atuação levada a cabo, [...] por outro lado, a capacidade natural implica, uma aptidão concreta para atuar, ao passo que a capacidade de agir se reconduz a uma suscetibilidade abstrata para obrar”¹⁸³.

O primeiro aspeto a considerar partindo da observação do artigo 123.º do Código Civil, é o seu alcance de aplicação, ou seja, se esta norma seria apenas aplicada aos atos patrimoniais, ou se, pelo contrário, se poderia fazer uma interpretação extensiva, aplicando-a aos atos pessoais. Quanto a esta questão, e para melhor compreensão deste ponto, achamos por conveniente e como suporte basearmo-nos em dois autores, cujas opiniões são divergentes.

Para Oliveira Ascensão, a intenção do legislador seria generalizadora, no sentido em que também os atos de carácter pessoal não poderiam ser praticados pelo menor¹⁸⁴.

Em sentido oposto, André Dias Pereira distingue a capacidade do menor para a prática de atos negociais, da capacidade para prática de atos pessoais: “no que respeita aos atos pessoais, o direito civil sente necessidade de se desviar das normas sobre a capacidade negocial, por forma a respeitar os princípios constitucionais do livre desenvolvimento da personalidade (expressamente previsto no artigo 26.º n.º 1 da CRP) e a autonomia da pessoa humana”¹⁸⁵.

Tal posição parece-nos adequada, isto porque, embora o ordenamento jurídico português estabeleça, em regra, a cessação da incapacidade de exercício dos direitos (em geral) aos 18 anos de idade, existem diversas normas esparsas ao longo do Código Civil que confere a menores de 18 anos de idade¹⁸⁶ certas “maioridades especiais” para a prática de atos determinados, sobretudo, os de carácter pessoal ou pessoalíssimo¹⁸⁷. Com efeito, e a esta luz, o menor não deve ser considerado como mero objeto de proteção, mas sim como sujeito de direitos. Indisputada é hoje a importância da proteção do bem-estar e da promoção do desenvolvimento integral do menor (Cfr., desde logo, artigo 1.º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo e artigos 1973.º e 1974.º

¹⁸³ Cfr., José Alberto González - Código civil anotado : parte geral : artigos 1.º a 396.º. Lisboa : Quid Juris, 2011. V. 1, pág. 148 e 149.

¹⁸⁴ Cfr., Oliveira Ascensão – Direito civil – teoria geral. 2.ª ed. Coimbra : Coimbra Editora, 2000. V. 1, pág. 168.

¹⁸⁵ Cfr., André Dias Pereira – A capacidade para consentir : um novo ramo da capacidade jurídica. In FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA - Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977. Coimbra : Coimbra Editora, 2006, 202.

¹⁸⁶ Salvo no caso de emancipação, como previsto pelos artigos 129.º, 130.º, 132.º e 133.º do Código Civil.

¹⁸⁷ Cfr., André Dias Pereira - A capacidade para consentir : um novo ramo da capacidade jurídica. In FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA - Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977. Coimbra : Coimbra Editora, 2006, pág. 203.

do Código Civil, sobre a adoção). Neste sentido, fala-se não tanto de um privilégio ou discriminação positiva, mas numa revalorização do menor na sua qualidade de indivíduo, adequando à sua pessoa os direitos e normas que lhe correspondam enquanto pessoa e ser humano.

Como marco na evolução operada, assume particular destaque a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 20 de Novembro de 1989, ratificada por Portugal em 21 de Setembro de 1990, com especial destaque o seu artigo 3.º, norma fundamental no sistema desenhado, que institui o «superior interesse da criança» (expressão também usada agora, na redação que lhe deu a Lei n.º 31/2003, de 22/8, no n.º 1 do artigo 1974.º do Código Civil) como critério de todas as decisões que lhe digam respeito, comprometendo-se os Estados Partes a garantir, com todos os meios, a proteção e os cuidados necessários ao bem-estar da criança¹⁸⁸. Aqui se insere o reconhecimento da autonomia do menor, que deverá ser salvaguardada e promovida em todos os aspetos da própria vida, a começar pelos «negócios pessoais», dentro e fora da família, de acordo com a sua maturidade¹⁸⁹.

Todavia, não podemos negligenciar a relação que existe entre a autonomia reconhecida pelo Direito através da capacidade de jurídica, e o facto de a pessoa em causa deter condições de perceber a relevância dos seus atos, de reconhecer os seus interesses, valorá-los, e escolher os meios adequados à sua satisfação. O que sucede é que algumas das vezes o Direito prescinde de uma averiguação individual atendendo à análise da aptidão de discernimento ou maturidade (onde em vez da idade cronológica estaria em causa a idade mental). Isto é, abdica de uma solução casuística, regendo-se preferencialmente por critérios normalizados ou tipificados, ocorrendo, neste contexto, a intervenção dos representantes legais¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Dentro dos princípios fundamentais que subjazem à Convenção, cabe ainda mencionar o princípio de que todos os direitos se aplicam a todas as crianças sem exceção e de que o Estado tem obrigação de proteger a criança contra todas as formas de discriminação (artigo 2.º); o princípio de que todas as crianças têm direito inerente à vida, e de que o Estado tem a obrigação de assegurar a sobrevivência e desenvolvimento da criança (artigo 6.º); e o princípio de que a criança tem o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre questões que lhe digam respeito e de ver essa opinião tomada em consideração de acordo com a sua maturidade (artigo 12.º).

¹⁸⁹ Desempenhando, assim, um papel ativo nas decisões que o afetam, bem como, no seu desacordo, fazendo-o participar, ou até chamando-o a tomar por si tais deliberações, nomeadamente, cfr., artigo 1878.º n.º 2, impondo aos pais que tenham em conta a opinião dos filhos nos assuntos familiares importantes e que lhes reconheçam autonomia na organização da sua própria vida, à luz dos princípios e valores constitucionais e, com direta incidência na titularidade e exercício dos próprios direitos fundamentais.

¹⁹⁰ Estando neste contexto em causa o direito fundamental dos pais, dentro da família e no âmbito das suas funções igualmente garantidas pela lei fundamental, de cuidarem dos filhos e os educarem (cfr. artigos. 36.º n.º 5, 67.º n.º 1, al. c) e 68.º n.º 1 – onde se fala da «insubstituível ação» dos pais em relação aos filhos –,

A finalidade essencial do poder paternal consiste em promover o desenvolvimento físico, intelectual e moral destes, com vista à sua plena autonomia (cfr. artigos 1885.º e 1878.º n.º 2, 2.ª parte do Código Civil). O artigo 1881.º n.º 1 do Código Civil Português dispõe que o *poder de representação* próprios do poder paternal, abrange o exercício de todos os direitos e o cumprimento de todas as obrigações do filho, “excetuados os atos puramente pessoais, aqueles que o menor tem o direito de praticar pessoal e livremente, e os atos respeitantes a bens cuja administração não pertença aos pais”, instituindo ainda que, estando em causa uma situação de conflito de interesses entre os pais e o filho, seja a este nomeado “um ou mais curadores especiais que o representem nessas matérias” (artigo 1181.º n.º 2 do Código Civil).

Embora o legislador não mencione quais os “atos pessoais” que estariam ao abrigo de semelhante exceção, poder-se-á considerar que a norma em questão abarca os atos respeitantes aos direitos da personalidade, que em princípio, podem ser exercidos diretamente pelo menor *independentemente da representação ou assistência dos seus pais*, tendo em conta as idades mínimas para a prática de determinados atos¹⁹¹.

Um outro aspeto que importa, ainda, aludir, corresponde ao artigo 127.º do Código Civil. Este artigo reconhece expressamente a capacidade de menores de qualquer idade para a prática de “negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposições de bens de pequena importância”. Pedro Pais de Vasconcelos, por seu turno, considera que “este preceito institui um regime que, com uma elasticidade muito grande, reconhece capacidade ao menor para a prática dos atos que estejam ao alcance da sua capacidade natural. Numa orientação divergente da padronização do reconhecimento da capacidade aos dezoito anos, faz a capacidade civil depender, não de uma idade pré-fixada, mas sim da capacidade natural de cada um”¹⁹².

Apesar do artigo 127.º do Código Civil regular apenas de forma expressa os atos negociais de pequena importância, a sua disposição refere a “*capacidade natural*” do

da CRP e artigo 26.º n.º 3 da Declaração Universal dos Direitos do Homem; ver ainda artigo 1878.º n.º 1 do CC) e o poder paternal, no conteúdo legalmente definido, que assim lhes é atribuído (artigo 1878.º do CC).

¹⁹¹ A este propósito, a lei civil portuguesa menciona algumas disposições em que o menor pode consentir. São elas: o consentimento do menor de 12 anos (ou mais) para a adoção (artigo 1981.º, n.º 1, alínea a) do CC); conferir aos menores de 16 anos (ou mais) a capacidade para contrair casamento (artigo 1600.º e 1601.º, alínea a) do CC); para perfilhar (Artigo 1850.º n.º 1 do CC); para escolher a sua religião (artigo 1886.º n.º 1 do CC); e para administrar ou dispor de bens adquiridos como fruto do seu trabalho (artigo 127.º n.º 1, alínea a) do CC).

¹⁹² Cfr., Pedro Pais de Vasconcelos – Teoria geral do direito civil. Coimbra : Almedina, 2012, pág. 105-110.

menor, para a prática, por si, de determinados atos, podendo servir como *elo de ligação* para a análise da capacidade de exercício dos direitos de personalidade, devendo ocorrer de forma individualizada e autónoma, tendo em consideração algumas cautelas que lhe são próprias, pela sua especificidade.

Como menciona Rosa Cândido Martins, com a evolução do direito, o “*princípio da incapacidade geral de exercício*” de crianças e adolescentes passou a ser questionado, e a reconhecida *autonomia progressiva* do menor para a prática de determinados atos da vida civil tem-se tornado um elemento cada vez mais importante a consideração na relação pais-filhos¹⁹³. Aliás, é evidente que a prática de determinados atos ou o exercício de certos direitos, dado o seu carácter pessoalíssimo, não pode ficar a cargo de terceiros, ainda que considerado o instituto da representação, razão pela qual, em relação a eles, não podem os pais decidir em nome dos seus filhos.

Partindo de uma orientação mais razoável sobre a *limitação voluntária dos direitos da personalidade* dos incapazes, surge a opinião de Paulo Mota Pinto. Este Autor considera que em tais casos, não podem ser aplicadas as mesmas regras de suprimento da incapacidade de exercício de direitos, devendo o menor ser correntemente consultado acerca da pretendida limitação, desde que tenha o *discernimento necessário* (ou seja a “*capacidade natural*” indicada à pouco) para avaliar o seu sentido e alcance. Caso o menor já tenha maturidade suficiente, o consentimento terá de ser por ele próprio prestado, embora, em regra, também os pais devem de ter uma *palavra a dizer*, nomeadamente quando, pela sua gravidade, a limitação voluntária pretendida possa ter reflexos na sua saúde, educação, ou, em geral, contenda com os resultados do exercício dos poderes-deveres inerentes ao poder paternal¹⁹⁴.

A partir do momento em que o menor passa a desempenhar um papel importante na tomada de decisões, deve ser sempre ouvido, e até mesmo ter uma participação ativa nos assuntos que correspondam à sua vida, especialmente quando estão em jogo questões relacionadas com os seus direitos de personalidade, devendo, atendendo à sua idade e maturidade, ser reconhecida a sua capacidade de exercer os seus direitos por si, ainda que para tanto tenha de receber a devida *orientação* e a eventual

¹⁹³ Cfr., Rosa Cândido Martins – Poder paternal vs autonomia da criança e do adolescente? *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*. A. 1, n. 1, (2004), págs. 65 a 74.

¹⁹⁴ Cfr., Paulo Mota Pinto – *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues : limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*. Coimbra : Coimbra Editora, 2001, págs. 542 a 545.

assistência por parte dos seus pais, responsável, e/ou pelos órgãos estatais encarregados da promoção dos seus direitos.

Conclui-se, portanto, que a avaliação da capacidade de exercício dos direitos pessoais, de que todo o menor é titular (dentre os quais se inserem os direitos de personalidade¹⁹⁵), não devem seguir os mesmos parâmetros estabelecidos na lei para a aquisição da capacidade civil plena, mas antes, necessita de ser analisada casuisticamente, de acordo com a natureza dos interesses em causa, idade e maturidade do menor individualmente considerada. Por outras palavras, a capacidade de exercício para os direitos de personalidade deverá ser analisada de acordo com a maturidade e o nível de desenvolvimento intelectual de cada menor, diante das situações concretas que surgirem.

Posto isto, os atos pessoais que digam respeito diretamente ao menor devem ser por este consentidos, não podendo os pais, invocando puro e simplesmente o poder paternal e o seu direito de representação decidir em nome dos seus filhos, assumindo compromissos jurídicos que condigam com os seus direitos de personalidade, quando estes já possuem uma maturidade suficiente para tomarem uma posição.

No entanto, esta decisão não pode ser tomada de *ânimo leve*. Para que o menor esteja em condições de avaliar corretamente a situação e tomar a decisão adequada, é necessário que tenha um mínimo de discernimento e receba as diretrizes essenciais seja por parte dos seus pais, seja por parte de terceiros¹⁹⁶, que neste sentido lhe deverão fornecer informações e esclarecimentos.

Impõe-se preservar o incapaz, em atenção à sua menor maturidade psíquica e experiência da vida, de prejuízos pessoais ou patrimoniais, que ele possa causar a si próprio ou que resultem da atuação de terceiros em detrimento daquele (explorando a sua imaturidade). Por outro lado, deve ser-lhe progressivamente permitida uma participação ativa e independente no tráfico jurídico. Esta finalidade educacional ou pedagógica realiza a lei pela cominação da (mera) anulabilidade como consequência para os atos praticados pelo menor. Que por conseguinte, consideram-se eficazes,

¹⁹⁵ Cfr., Oliveira Ascensão – Direito civil – teoria geral. 2.ª ed. Coimbra : Coimbra Editora, 2000. V. 1, pág. 71.

¹⁹⁶ Incluindo aqui, os órgãos estatais já anteriormente referenciados, que tenham uma intervenção no âmbito infantojuvenil e que promovam a defesa dos seus direitos já anteriormente referidos.

existindo assim espaço para que se vá preparando, gradualmente, o ingresso ou inserção plena no tráfico jurídico normal com a entrada na idade adulta.

3.1.3. CAPACIDADE PARA CONSENTIR

Em regra, são considerados como indivíduos *capazes* os adultos, pois, pelo seu desenvolvimento normal, possuem os conhecimentos, os valores e os modelos de ponderação necessários à tomada de decisões, e os menores, pela sua própria vulnerabilidade, falta de experiência e falta de capacidade para formar opiniões, críticas e tomar decisões informadas, tornam-se, à partida, incapazes para o fazer de modo autónomo e livre.

Com base no estudo feito por André Dias Pereira¹⁹⁷ sobre a implementação dogmática do conceito de capacidade para consentir, surge Amelung, como um dos autores que mais tem defendido o instituto de capacidade para consentir enquanto conceito autónomo.

E compreendemos que o faça. Sendo o consentimento para permitir as intervenções médico-cirúrgicas um instituto que afeta bens jurídicos pessoais, – como a integridade física e a autodeterminação pessoal – dada essa particularidade, ao contrário do que sucede com os direitos patrimoniais emergentes dos negócios jurídicos em geral, aqui não está em causa a tutela e a proteção dos bens jurídicos da contraparte, admitindo-se, por exemplo, a livre revogabilidade do consentimento a todo o tempo¹⁹⁸.

Segundo Amelung, o conceito de capacidade para consentir organiza-se em quatro momentos. O primeiro momento corresponde à capacidade de decidir sobre valores, em que quem consente terá de o fazer baseando-se numa análise de custo-benefício, atendendo ao seu próprio sistema de valores. O segundo elemento centra-se na capacidade para compreender os factos, ou seja, quem queira tomar uma decisão racional e consciente, tem que saber ou perceber os esclarecimentos sobre os factos e os processos causais envolvidos. O terceiro elemento envolve a capacidade de decisão sobre alternativas, sobretudo quando referentes a intervenções médico-cirúrgicas. Por fim, terá de existir uma capacidade para se autodeterminar com base na informação que

¹⁹⁷ Cfr., André Dias Pereira - O Consentimento informado ... pág. 152 e ss.

¹⁹⁸ Cfr., artigo 81.º n.º 2 do CC que se opõe a regra do artigo 406.º n.º 1: princípio da revogação dos contratos por mútuo acordo.

lhe é fornecida. O paciente terá de relacionar os seus valores e conhecimento, sendo exigida uma capacidade volitiva.

Tem vindo a ser defendido que a incapacidade atribuída aos menores decorre precisamente do facto de se considerar que estes não são capazes de – de acordo com todos os elementos – decidir sozinhos, incapacidade essa bastantes vezes relacionada com questões específicas ao nível etário. Parece-nos que, a ser assim, no que toca a matéria de cuidados médicos, consideramos que essa ideia está ultrapassada e deveria ser transposta para a atualidade, um critério mais flexível.

Muitos menores, nomeadamente pela sua experiência de vida, pelo contexto social e familiar onde se encontram inseridos, pelo próprio desenvolvimento da sua personalidade, pelas atividades que desempenham no âmbito escolar e extracurricular, no lazer e noutras atividades desportivas, onde desenvolvem aptidões e competências técnicas¹⁹⁹, deparam-se com situações correntes das suas vidas onde têm de tomar decisões, com mais ou menos alternativas. Por isso, tem-lhe sido reconhecido uma certa autonomia e capacidade no que alude às simples ingerências do dia-a-dia, através, por exemplo da celebração de pequenos negócios jurídicos, tais como a aquisição de um título de transporte ou a compra de um gelado ou de bolo numa pastelaria, e, ainda, no âmbito médico, como as intervenções nas colheitas de sangue, nos tratamentos dentários ou nos tratamentos de gripes e constipações.

Nestas situações, é-lhes permitido que tomem determinadas decisões, expressando a sua vontade e até mesmo, prestarem o seu consentimento, visto se tratar de atos e tratamentos rotineiros de menor dimensão e complexidade. Esta liberdade fornecida ao menor prende-se com a dignidade e com os direitos fundamentais, em particular a competência para o menor se autodeterminar²⁰⁰.

¹⁹⁹ Como por exemplo nos Escuteiros, como membros de Associação de Estudantes da escola que frequentam, ou outro tipos de iniciativas no âmbito do Voluntariado.

²⁰⁰ Nas palavras de Geraldo Ribeiro, “a partir do momento em que, perante o caso concreto, numa avaliação circunstancial, concreta e pessoal da situação se conclua que a criança apresenta competências suficientes para ser informada, esclarecida e decidir sobre intervenção, tomando em consideração os riscos e efeitos desta, não se pode afastar a competência da criança para consentir, independentemente da idade”. Refutando ainda, cabe “ ao responsável e executor da intervenção médica a quem compete a avaliação de competências, sendo que a ponderação e as exigências dependem de múltiplos fatores. [...] Consoante a gravidade da intervenção, os efeitos da mesma, riscos supervenientes, situação de urgência, intervenção terapêutica ou meramente estética [...] ao profissional de saúde impõe se diversos graus de diligência na obtenção de informação com vista à formação concreta de um juízo de competência da criança”. (Cfr., Geraldo Rocha Ribeiro - Quem decide pelos menores? (algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para atos médicos). *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. A. 7 n. 14 (2010), pág. 123.

Importa, contudo, sublinhar, que estamos inseridos numa sociedade onde os meios de comunicação e a informação está ao alcance de um livro, ou de uma página na internet, onde os jovens a ela têm acesso com uma grande facilidade e pelos mais diversos meios. A autodeterminação com base na informação é estimulada desde muito cedo, não só através dos meios informáticos e tecnológicos, mas também com o convívio e confraternização com os outros. Não descuidando, é claro, o facto de, cada vez mais, é indispensável o papel levado a cabo pelos pais e educadores, através do fornecimento de condições mínimas para que o menor seja capaz de se desenvolver proporcionalmente, na sociedade em que se insere. O menor deve, por isso, ser ensinado a autodeterminar-se, a suster custos e benefícios, recorrendo a todas as competências, promovendo a consciência da importância da sua liberdade num momento de escolha tão decisivo.

Quanto à análise dogmática do instituto em análise, surge, igualmente, a posição de duas reputadas entidades: a *British Medical Association* e a *Law Society*. De acordo com a sua teoria, tem capacidade para consentir, o paciente que: a). Compreenda, em termos amplos e em linguagem simples, em que consiste o tratamento médico, bem como, os seus fins e a sua natureza, e por que razão o tratamento lhe está a ser proposto; b). Compreender os principais benefícios, riscos e alternativas; c). Compreender, as consequências de não receber o tratamento; d). Possuir a capacidade de tomar decisões livres; e). Conservar a informação o tempo suficiente para tomar uma decisão²⁰¹.

No entanto, convém lembrar, que tanto a capacidade, como a competência²⁰² são dois conceitos que diferem de pessoa para pessoa, de acordo com o caso em concreto e com a decisão que vai ser tomada. Ou seja, uma decisão autónoma tomada por um menor situa-se entre dois conceitos que acabam por ser divergentes mas que estão interligados: o desenvolvimento cognitivo, que pode estar presente e evoluído em determinadas crianças, e o critério imposto pelo Código Penal que defende a incapacidade para os menores de 16 anos.

²⁰¹ Cfr., BMA - The Older Person: consents and care. London, 1995, pág. 15, *apud* André Dias Pereira - O Consentimento informado ... nota 363, pág.163.

²⁰² Competência neste sentido significa, "capacidade, poder de apreciar ou resolver dado assunto". E competente, "que tem conhecimentos, qualificação, aptidão, competência". *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea*, da Academia das Ciências da Vida, Verbo, pág. 887, *apud* André Dias Pereira - O Consentimento informado ... nota 345, pág. 153.

Acreditamos, por isso, que este critério definido por lei torna-se antiquado face a uma questão tão delicada como a saúde, dado que nos parece que o legislador tomou uma posição um pouco “inflexível” ao considerar uma idade fixa a partir da qual se possa reconhecer capacidade para determinados atos do menor, nomeadamente quando está em causa a sua saúde, dignidade física e a sua liberdade.

Com a revisão de 2007 do Código Penal, o legislador procedeu a uma alteração em relação à maioria para que o consentimento se torne eficaz, tendo esta sido fixada nos 16 anos. O artigo 38.º n.º 3 do Código Penal deixa de consagrar a idade de 14 anos para que o consentimento se considere válido e eficaz, aumentando-a para os 16 anos, não prescindindo, no entanto, do critério do discernimento do menor para compreender o alcance do consentimento que presta. Parece-nos, por isso, que a Reforma de 2007 do artigo 38.º n.º 3 criou uma alteração desajustada no que às intervenções médico-cirúrgicas respeita. Porém, leva-nos a pensar quais os motivos que levaram o legislador a tomar tal opção. É nosso entendimento que o espírito do legislador adota uma postura mais protecionista em relação aos menores, embora admita a ideia de promover uma tutela mais ampla dos menores²⁰³.

Contudo, parece-nos uma ideia um pouco obsoleta face aos restantes países da Europa, bem como os Estados Unidos, que em Janeiro de 2010 eram já 30 os estados americanos que estabeleciam os 12 anos como idade-referência para que um menor possa validamente consentir ou recusar determinado tratamento médico²⁰⁴.

A este propósito, Ana Amorim considera que, “[...] se a alteração teve como fundamento a uniformização do Código Penal em relação a leis avulsas, não se compreende por que razão a Lei referente à Saúde Mental prevê, ainda hoje, a idade de 14 anos como limite para a atribuição de certos direitos aos representantes legais do menor; [...] ao elevar o

²⁰³ Da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 98/X, de 07 de Setembro de 2006, consta a ideia de elevar-se a idade a partir do qual o consentimento se torna eficaz, dos 14 para os 16 anos, não se entendendo o facto de “uma pessoa com catorze ou quinze anos de idade deva consentir relevantemente em sofrer ofensas contra bens jurídicos disponíveis, como a integridade física”. Aproximando-se, dessa forma, “o regime do consentimento do ofendido das orientações que têm vindo a ser preconizadas pela União Europeia, sobretudo quanto a crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual dos menores”, justificando, assim, a alteração do Código Penal. Cfr., Proposta de Lei n.º 98/X, de 07 de Setembro de 2006. Ponto 4 [parte final], pág. 6.

²⁰⁴ Cfr., Guttmacher Institute, *apud* Ana Amorim - Ana Amorim – O consentimento informado de menores : reflexões críticas sobre a lei atual. Lex Medicinæ - revista portuguesa de direito da saúde. A. 8, n. 15 (2011), pág. 127.

limite de 14 para os 16 anos, o legislador está a proteger em demasia o menor e, conseqüentemente a impossibilitar o desenvolvimento da autonomia da criança.²⁰⁵

E mais, em caso de conflito entre a vontade do representante e o interesse do incapaz, encontrou-se uma solução através da Lei n.º 147/99, com adequados procedimentos de urgência que incluem as intervenções médico-cirúrgicas, consideradas medicamente necessárias para a vida ou saúde do incapaz²⁰⁶.

Do ponto de vista médico, a capacidade será o estado psicológico empírico em que podemos afirmar que a decisão tomada por um sujeito é expressão efetiva da sua identidade, ou seja, da sua autonomia moral pessoal²⁰⁷. O desenvolvimento psíquico de crianças e jovens com a mesma idade pode ser muito distinto. Neste inclui-se o ganho de uma função (capacidade), estando sob influência de alguns determinantes que podem ser sociais, económicos e culturais.

Em boa verdade, não podemos deixar de considerar o facto de não nos encontrarmos “no âmbito de diferenças de idade ao nível dos adultos, pelo que um ano poderá fazer toda a diferença na experiência do menor”²⁰⁸.

Ao admitirmos a possibilidade de um menor prestar o consentimento informado válido para a prática de um determinado ato médico, terá de ser feito atendendo à sua idade e compreensão e ao seu próprio desenvolvimento cognitivo e psicológico.

É claro que o médico questiona-se se uma criança terá ou não capacidade para consentir, daí a sua atenção deverá ser redobrada quanto à informação facultada, assim como preocupar-se com a comunicação, através de linguagem simples, fluida, isenta de termos técnicos, adequada e acessível, de modo a conseguir transmitir a verdade ao

²⁰⁵ “Com a Revisão do Código Penal em 2007, o legislador aumentou a idade-fronteira do artigo 38.º, n.º 3, de 14 para 16 anos. Contudo, não conseguimos compreender esta sua decisão, pois não aceitamos que haja um retrocesso nos direitos atribuídos aos menores, à medida que a sociedade que os rodeia se desenvolve – sociedade e capacidade dos menores não se podem desenvolver em sentido inverso. Acreditamos, no entanto, que esta alteração se deve a razões de uniformização da lei; uma vez que a maioria das leis fixava os 16 anos como limite, também essa idade foi estabelecida como referência para o consentimento na lei penal. Mas sendo o Código Penal um dos diplomas com maior relevância no nosso ordenamento jurídico, não deveriam ter sido as restantes leis avulsas a sofrer alterações com vista à uniformização, e não o inverso? Pensamos que sim”. Cfr., Ana Amorim – O consentimento informado de menores : reflexões críticas sobre a lei atual. Lex Medicinæ - revista portuguesa de direito da saúde. A. 8, n. 15 (2011), pág. 126.

²⁰⁶ GARCIA, Miguez M. e RIO, Castela J.M - Código Penal : parte geral e parte especial, notas e comentários. Coimbra : Almedina, 2014, pág. 281-282.

²⁰⁷ Cfr., João Vaz Rodrigues - O Consentimento informado para o ato médico ... pág. 200.

²⁰⁸ Cfr., Ana Rita Alfaiate – A relevância penal da sexualidade dos menores. Coimbra : Coimbra Editora, 2009, pág. 137.

doente. Por outro lado, o doente menor tem de ter a capacidade para perceber os esclarecimentos dados pelo médico e o alcance do tratamento a realizar (diagnóstico, riscos da intervenção, possíveis consequências, entre outros aspetos). Só assim será possível que este consiga de forma livre e consciente tomar uma decisão, bem como, fazer uma ponderação entre os riscos e os benefícios do tratamento proposto.

Ao estabelecer os requisitos da idade e do discernimento, a lei atual não permite que um menor de 16 anos possa prestar um consentimento informado válido, demonstrando, desse modo, resultados insatisfatórios. Porém, o menor não deve ser observado apenas segundo os parâmetros da sua idade cronológica.

De acordo com Rosa Martins, a autodeterminação deveria ser tomada de modo primordial. Defendendo, assim, “a necessidade de adequar o regime legal da incapacidade por menoridade à consideração da criança e do adolescente como pessoas, ao papel ativo que eles próprios assumem no seu processo de crescimento e ao carácter particular da menoridade enquanto fase da vida do ser humano” ⁽²⁰⁹⁾ ⁽²¹⁰⁾.

Por outro lado, Guilherme de Oliveira²¹¹ tem entendido que o artigo 38.º n.º 3 do Código Penal criou uma verdadeira maioridade especial em termos de acesso aos cuidados de saúde, ao afirmar que “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”.

Assim, o consentimento exigido pelo artigo 38.º n.º 3 do Código Penal não deixa a sua validade apenas à mercê do critério da idade. O n.º 3 do artigo vem exigir a verificação de dois requisitos cumulativos: a idade e o “discernimento para avaliar o sentido e alcance do consentimento no momento em que o presta”. Segundo o Autor, esta regra do direito penal tem como valor principal “estabelecer um critério tanto quanto possível nítido e que permita saber quando é que o médico pode (e deve) intervir sem estar perante uma vontade autónoma e quando, pelo contrário, está perante um paciente

²⁰⁹ Cfr., Rosa Martins – Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental. Coimbra : Coimbra Editora, 2008, págs. 109 e 110.

²¹⁰ De acordo com Rosa Martins, “essa adequação passa, no que respeita à capacidade de agir, pela inversão do princípio, ou seja, pela consagração do *princípio da capacidade de agir dos sujeitos menores de idade*”. Cfr., Rosa Cândido Martins - Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental. Coimbra : Coimbra Editora, 2008, pág. 110 a 113.

²¹¹ Cfr., Guilherme de Oliveira – Temas de direito da medicina. 2.ª ed. aumentada. Coimbra : Coimbra Editora, 2005, pág. 241.

capaz de se autodeterminar, capaz de decidir livremente se tolera ou não tolera a intervenção no seu corpo”²¹².

A questão aqui presente prevista na disposição em análise, passa primeiramente, pela necessidade de o menor ter 16 anos para que se considere capaz de decidir de modo livre e consciencioso, e mediante essa presunção é que se torna competente para consentir os atos médicos. Não podendo, no entanto, ser descurado o critério do discernimento necessário que, sem a sua verificação, o consentimento não será, pois, considerado válido.

Não basta olhar apenas para o critério quantitativo como critério exclusivo para concluirmos que a criança é competente para consentir, acrescentando um outro critério, que se prende com a verificação atual e situacional de capacidade de discernir da criança para consentir²¹³. Nesse sentido, não é despropositado entender que a aferição da maturidade do menor – a efetuar casuisticamente – impõe a necessidade da prévia audição deste, independentemente de possuir 16 anos ou menos, “sempre que se pretenda tomar uma decisão que incida sobre a sua esfera de interesses”²¹⁴.

Ainda que a fixação de uma idade mínima legal imposta pelo legislador transmita uma maior segurança ao médico²¹⁵, e para que o critério do discernimento se encontre presente, só verificado o primeiro – o da idade – se atenderá ao segundo, o que corresponde na prática, a possibilidade apenas dos menores com 16 anos prestarem o seu consentimento. Porém, parece-nos que este critério deverá ser objeto de uma reflexão legislativa por o considerarmos demasiadamente restritivo. Em sede de cuidados médicos, no que respeita às intervenções médico-cirúrgicas, a validade do consentimento não poderá ser pensada em comparação com os restantes casos do Código Penal.

²¹² Cfr., Guilherme de Oliveira - Temas de direito da medicina, 2.^a ed. aumentada. Coimbra : Coimbra Editora, 2005, pág. 241 e ss.

²¹³ “Possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta” (artigo 38.º, n.º 3, *in fine*, CP).

²¹⁴ Cfr., João Vaz Rodrigues - O consentimento informado para o ato médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente). Coimbra : Coimbra Editora, 2001, págs. 203 e ss.

²¹⁵ Não obstante tornar-se ainda necessário proceder a uma avaliação situacional, personalizada e concreto-subjetiva das reais qualidades da criança, em confronto com as especificidades da intervenção médica (nomeadamente os riscos, efeitos secundários, sequelas, urgência, benefício terapêutico, etc.), para assim se confrontar com a sua competência situacional.

Onde se verifique existir capacidade de entendimento e de ponderação deverá igualmente atender-se à vontade manifestada, independentemente da idade²¹⁶. Assim sendo, as referências aos 16 anos não podem deixar de ser isso mesmo, referências, para o médico ou, eventualmente, “o limite até ao qual uma criança, a quem se reconheça maturidade para tanto, poderá associar a sua decisão à dos seus representantes legais e, a partir da qual, com idêntico reconhecimento, poderá decidir sozinha”²¹⁷.

“Não há, em síntese, uma idade para o acordo. Há uma idade tendencialmente unânime para o acordo válido e eficaz e que situamos nos catorze anos, mas circunstâncias variadas pressupõe diferentes idades para acordar. Significa isto que outros fatores, para além da idade, determinarão o acordo e, desse modo, em concreto, a idade para ele dispor. Dentre esses fatores, podemos falar da maturidade da capacidade [...], da conduta concretamente em causa, do tempo e do espaço em que o menor manifesta a sua vontade – outros fatores, para além da idade, que, determinarão o acordo e, desse modo, em concreto, a idade dele”²¹⁸.

Assim, compreendemos com Ana Rita Alfaiate, que a idade para considerar o acordo válido poderá ser definida atendendo a outros critérios, que envolvem a capacidade para consentir, como um conceito associado às intervenções médico-cirúrgicas, devendo esta ser analisada caso a caso, procurando deste modo avaliar qual a capacidade, em que medida, e em que termos pode o menor, atendendo à situação em causa, prestar o seu consentimento. Deste modo, consideramos que o tratamento casuístico revela mais sensatez, prudência e adaptação da situação a cada paciente, quando a intervenções médicas diz respeito.

²¹⁶ A propósito dos direitos do menor, a Convenção dos Direitos da Criança no seu artigo 1.º dispõe: “[...] a criança é todo o ser menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”. E segundo o artigo 12.º: 1- “Os Estados Parte garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo tomadas devidamente em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade; 2- “Para este fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitam, seja diretamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional”. Esta Convenção foi adotada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de Setembro de 1990.

²¹⁷ Cfr., João Vaz Rodrigues - O consentimento informado para o ato médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente). Coimbra : Coimbra Editora, 2001, pág. 205.

²¹⁸ Ana Rita Alfaiate – A relevância penal da sexualidade dos menores. Coimbra : Coimbra Editora, 2009, pág. 139.

Analisada a questão da autonomia dos menores, defendemos que se deveria adotar um critério idêntico ao previsto no Código Penal de 1852, dado que não previa uma idade referência para o consentimento do menor, atribuindo a este, a capacidade para prestar o seu consentimento, em função da idade, grau de cultura, etc²¹⁹. Mas, para que as decisões possam ser consideradas válidas, os menores terão de ser capazes de efetuar um juízo, assim como analisar a questão concreta a que a eles especificamente respeita.

3.1.4. A CRESCENTE AUTONOMIA DO MENOR: AS “MAIORIDADES ESPECIAIS”

Chegando a este ponto, importa considerar, o que Guilherme de Oliveira designa por “maioridades especiais”²²⁰.

Este conceito diz essencialmente respeito aos menores. Mas sendo estes titulares de direitos fundamentais que tutelam bens jurídicos pessoalíssimos, é por essa via necessário evitar qualquer forma de heteronomia mesmo por parte dos progenitores. Deste modo, dever-se-á defender a autonomia dos menores no exercício dos seus direitos de personalidade, *maxime* na matéria dos cuidados de saúde, e do consentimento informado.

À medida que vão ganhando maturidade é garantido aos menores o exercício de alguns direitos. A passagem para a maioridade ocorre gradualmente, e assim, a ordem jurídica vai reconhecendo para certos efeitos capacidade ao menor, reconhecendo-lhes o direito a ser ouvido e a dar a sua opinião ou mesmo o direito a agir autonomamente.

A Revisão Constitucional de 1997 veio a consagrar no artigo 25.º da Constituição a integridade física e moral da pessoa humana, e no artigo 26.º n.º 1, o direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade. O reconhecimento de tal direito trata-se de uma decorrência do próprio valor da dignidade da pessoa humana, desde logo previsto no artigo 1.º da Constituição.

Existem disposições legais que consagram as denominadas “maioridades especiais”, isto é, matérias em que a ordem jurídica confere ao menor o poder de se emancipar da

²¹⁹ Cfr., Vítor Faveiro e Laurentino Araújo – Código Penal Português anotado. 3.ª ed. Coimbra : Coimbra Editora, 1960, pág. 112.

²²⁰ Cfr., Guilherme de Oliveira - Temas de direito da medicina. 2.ª ed. aumentada. Coimbra : Coimbra Editora, 2005, pág. 226.

tutela legal conferida pela menoridade e a autonomização face ao exercício das responsabilidades parentais.

Impõe-se, deste modo, referir uma vez mais o artigo 123.º do Código Civil, (e, por remissão, com o artigo 139.º) não deixando que o seu elemento literal intimide. É verdade que o artigo 123.º estipula por regra para os menores a incapacidade geral para o exercício de direitos, ou uma incapacidade de agir, a abranger (atendendo ao elemento literal) direitos patrimoniais e pessoais. Mas, a própria norma admite exceções²²¹ e estas serão, afinal, a regra no domínio dos atos pessoais. Em bom rigor, no domínio dos atos pessoais, existem diversos casos de maioridade antecipada²²², como sejam:

- a) - A capacidade para administração e disposição dos bens adquiridos pelo trabalho desempenhado pelo jovem com mais de dezasseis anos de idade, bem como os negócios autorizados e os praticados em relação ou no exercício da profissão, da arte ou ofício e ainda dos negócios de pequena importância da vida corrente do menor (artigo 127.º, do Código Civil);
- b) - A emancipação do menor que, entre os dezasseis e os dezoito anos, venha a contrair casamento com autorização dos pais, eventualmente suprida pelo Conservador do Registo Civil (artigo 132.º, 1601.º, alínea a), 1604.º, alínea a), e 1606.º n.º 3, estes *a contrario sensu*);
- c) - O dever de, em regra, ouvir os menores com mais de catorze anos, em vista da superação do desacordo dos pais no exercício do poder paternal (artigo 1901.º, n.º 2, do Código Civil); para a nomeação de tutor (artigo 1931.º n.º 2 do Código Civil); sendo filhos do adotante em relação à adoção (artigo 1984.º, alínea a) do Código Civil);
- d) - Para o menor com mais de doze anos, impõe-se a necessidade de obtenção do seu consentimento para ser adotado (artigo 1981.º, alínea a) do Código Civil);

²²¹ Como se verifica na expressão, “Salvo disposição em contrário [...]”.

²²² As chamadas “maioridades especiais” referidas há pouco.

- e) - Dispõe o artigo 1850.º do Código Civil, que “têm capacidade para perfilhar os indivíduos com mais de dezasseis anos”, não carecendo “de autorização dos pais, tutores ou curadores”;
- f) - Os menores de 16 anos já podem escolher livremente a sua religião (artigo 1886.º do Código Civil). “A liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável. [...] É garantida a liberdade de ensino de qualquer religião praticado no âmbito da respetiva confissão” (artigo 41.º n.º 1 e 5 da Constituição da República Portuguesa);
- g) - Aos menores com 14 anos é conferida a capacidade de praticar atos jurídicos no âmbito de atividades associativas, como dispõe a Lei n.º 33/87, de 11 de Julho, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 35/96, de 29 de Agosto (lei que regula o direito de associação dos estudantes);
- h) - Nos termos do disposto no artigo 69.º do Código do Direito de Autor e Direitos Conexos, o autor de obra literária ou artística, pode exercer os direitos pessoais àquela inerente, desde que para tanto tenha entendimento natural;
- i) - O menor tem capacidade para adquirir por usucapião (artigo 1289.º n.º 2 do Código Civil) e ainda para adquirir posse (artigo 1266.º do Código Civil);
- j) - Todos os menores que tiverem “aptidão física e mental” para tanto, poderão depor em juízo como testemunhas, cabendo ao juiz verificar tal “capacidade natural” (artigo 616.º do Código de Processo Civil);
- k) - A lei de educação sexual e planeamento familiar²²³ vem assegurar “a todos, sem discriminações, o livre acesso às consultas e outros meios de planeamento familiar”²²⁴; a portaria que procedeu à respetiva regulamentação dos centros de atendimento para jovens (Portaria n.º 52/85, de 26 de Janeiro²²⁵) prevê o acesso²²⁶ “sem quaisquer restrições” de “todos os jovens em idade fértil”²²⁷;

²²³ Lei n.º 3/84, de 24 de Março, publicada no Diário da República I-A série. N. 71 (24 Mar.1984).

²²⁴ Artigo 5.º, n.º 1, da referida Lei. Parece que a expressão, “todos, sem discriminações” abrangerá os menores a que a lei chama “jovens” – Cfr., artigo 2.º, n.º 1 e n.º 3 e artigo 13.º do citado diploma legal.

²²⁵ Publicada no Diário da República I-A série. N. 22 (26 Jan.1985).

²²⁶ Artigo 5.º n.º 2.

²²⁷ Guilherme de Oliveira afirma: “Este é, pois, mais um domínio em que se protege o menor, respeitando a sua autonomia”, Cfr., Temas de direito da família. 2.ª ed. Coimbra : Coimbra Editora, 2011, pág. 302.

l) - No sentido de favorecer a autonomia e privacidade dos menores ao nível da sua saúde sexual e reprodutiva: a resolução da Assembleia da República n.º 51/98, de 2 de Novembro (sobre educação e planeamento familiar²²⁸) recomendou ao Governo a criação de consultas de ginecologia e obstetrícia para as adolescentes nos centros de saúde e hospitais; a Resolução do Conselho de Ministros n.º 124/98 de 21 de Outubro²²⁹ criou uma comissão intergovernamental para o plano de ação integrado para a educação sexual e planeamento familiar; a Lei n.º 120/99, de 11 de Agosto²³⁰, (que “reforça as garantias do direito à saúde reprodutiva”) estipula que “os jovens podem ser atendidos em qualquer consulta de planeamento familiar, ainda que em centro de saúde ou serviço hospitalar, que não seja da área da sua residência” (artigo 5.º)²³¹; o artigo 5.º n.º 3 do Decreto-Lei n.º 157/99 de 10 de Maio (relativo à criação, organização e funcionamento dos centros de saúde), afirma que “são utentes do centro de saúde, todos os cidadãos que nele se queiram livremente inscrever”²³²;

m) - O Decreto-Lei n.º 323D/2000 de 20 de Dezembro²³³, que aprova o Regulamento Geral e Disciplinar dos Centros Educativos, confere ao menor (“educando”) o direito de “efetuar pedidos, apresentar queixas, e interpor recursos”;

n) - Tem-se entendido²³⁴ que o artigo 38.º n.º 3 do Código Penal criou uma verdadeira maioria especial em termos de acesso a cuidados de saúde (mesmo com repercussão civilística) ao afirmar que o consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 14 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta”;

²²⁸ Publicada no Diário da República I-A série. N.º 253 (2 Nov. 1998).

²²⁹ Publicada no Diário da República I-A série. N. 243 (21 Out. 1998).

²³⁰ Publicada no Diário da República I-A série. N. 186 (11 Ago.1999) e regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 259/2000 de 17 de Outubro (publicado no Diário da República I-A série. N. 240 (17 Out. 2000).

²³¹ E nos termos do artigo 3.º n.º 2 da referida Lei “será disponibilizado o acesso a preservativos ... em todos os estabelecimentos do ensino superior e nos estabelecimentos do ensino secundário”.

²³² Parece evidente que este livre acesso individual dos menores (“jovens”), é clara expressão da vontade em lhe reconhecer maior liberdade e autonomia nos cuidados de saúde (nomeadamente, no que concerne aos cuidados de saúde reprodutiva).

Este diploma foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 60/2003, de 01 de Abril que cria a rede de cuidados de saúde primários.

²³³ Publicada no Diário da República I-A série. N. 292 (20 Dez. 2000).

²³⁴ Cfr., Guilherme de Oliveira – O acesso dos menores aos cuidados de saúde. Revista de Legislação e Jurisprudência. A. 132, n. 3898 (Maio de 1999), pág. 16-19.

- o) - No que concerne ao regime legal para consentimento da interrupção voluntária da gravidez²³⁵, dispõe o artigo 142.º n.º 3, alínea b), do Código Penal que desde que a grávida tenha 16 anos, será ela a prestar tal consentimento;
- p) - A Lei da Saúde Mental²³⁶, no seu artigo 5.º n.º 3, estipula que só os menores de 14 anos (ou os que não possuam o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento) é que serão substituídos pelos seus representantes legais para exercer os direitos previstos nas alíneas c), d) e e) do n.º 2 do referido diploma legal;
- q) - Em termos de capacidade judiciária²³⁷, os menores possuem-na “quanto aos atos que possam exercer pessoal e livremente” (artigo 10.º n.º 1 do Código de Processo Civil), esclarecendo ainda a lei processual que “a capacidade judiciária tem por base e por medida a capacidade de exercício de direitos” (artigo 9.º n.º 2 do Código de Processo Civil);
- r) - A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança ⁽²³⁸⁾ ⁽²³⁹⁾ (de 20 de Novembro de 1989) cujo artigo 12.º reza assim:
- i. “1: Os Estados Parte garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade”.
 - ii. “2: Para este fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja diretamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional”.

²³⁵ Trata-se da “interrupção voluntária da gravidez não punível”, conforme explica a epígrafe do artigo 142.º do Código Penal.

²³⁶ Lei n.º 36/98 de 24 de Julho, Publicada no Diário da República I-A série. N. 169 (24 Jul. 1998).

²³⁷ Ou seja, a “susceptibilidade de estar, por si só, em juízo” – Cfr., artigo 9.º n.º 1 do CPC.

²³⁸ Aprovada para ratificação pela resolução da Assembleia da República n.º 20/90 de 12 de Setembro, publicada no Diário da República, I Série, 2ª Suplemento, Número 211 de 17 de Setembro de 1990 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 49/90 de 12 de Setembro.

²³⁹ Segundo o Art.º 1.º da Convenção, “[...] criança é todo o menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”.

s) - O artigo 6.º n.º 2 da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina²⁴⁰, dispõe:

- i. “2 - Sempre que, nos termos da lei, um menor careça de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efetuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei”.
- ii. “A opinião do menor é tomada em consideração como um fator cada vez mais determinante, em função da sua idade e do seu grau de maturidade”.

No domínio da saúde, é manifesto a emancipação que se atribui aos menores a partir da adolescência. Segundo o regime da Lei e da Portaria sobre educação sexual e planeamento familiar, deve-se admitir o acesso livre às consultas²⁴¹, sem restrições, como a que resultaria da necessidade de uma autorização prévia dos pais.

A Resolução da Assembleia da República n.º 51/98, de 2 de Novembro, sobre educação sexual e planeamento familiar, recomenda ao Governo a criação de consultas próprias de ginecologia e obstetrícia nos centros de saúde e hospitais para adolescentes, e ainda a criação por parte da Resolução do Conselho de Ministros n.º 124/98, de 21 de Outubro, de uma comissão intergovernamental para o plano de ação integrado para a educação sexual e planeamento familiar. A Lei n.º 120/99, de 11 de Agosto, que reforça as garantias do direito à saúde reprodutiva, no seu artigo 5.º reafirma que os jovens podem ser atendidos “em qualquer consulta de planeamento familiar”, ainda que em centro de saúde ou serviço hospitalar que não seja da sua área de residência. Para além disso, “não há restrições etárias para a venda dos contraceptivos de venda livre”, sendo estes inclusivamente gratuitamente dispensados nos centros de saúde. No mesmo sentido, o Decreto-Lei n.º 157/99, de 10 de Maio, relativo à criação, organização e funcionamento dos centros de saúde, dispõe no artigo 5.º n.º 3, “são utentes do centro

²⁴⁰ Ratificada pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001 e pelo Decreto do Presidente da República n.º 1/2001, ambos de 3 de Janeiro.

²⁴¹ É o que consta do disposto no artigo 5.º da Lei n.º 3/84, de 24 de Março: “É assegurado a todos, sem discriminações, o livre acesso às consultas e outros meios de planeamento familiar”; e da Portaria n.º 52/85, de 26 de Janeiro, que regulamentou os chamados centros de atendimento para jovens e previu o acesso, “sem quaisquer restrições”, de “todos os jovens em idade fértil”.

de saúde todos os cidadãos que nele se queiram livremente inscrever, com prioridade, no caso de carência de recursos, dos residentes na respetiva área geográfica”.

Uma outra questão coloca-se quanto ao regime da interrupção voluntária da gravidez. Neste caso, a lei dá o poder de decisão à grávida de 16 anos. Tal norma está consagrada no artigo 142.º do Código Penal, que prevê os casos de Interrupção da gravidez não punível. Note-se que este regime contém algumas especificidades. Senão vejamos.

Exige-se “a verificação das circunstâncias que tornam não punível a interrupção da gravidez seja certificada em atestado médico, escrito e assinado antes da intervenção por médico diferente daquele por quem, ou sob cuja direção, a interrupção é realizada” (Cfr., artigo 142.º n.º 2 do Código Penal); bem como o consentimento tem de ser prestado “em documento escrito pela mulher grávida [...] e, sempre que possível, com a antecedência mínima de 3 dias relativamente à data da intervenção” (Cfr., artigo 142.º n.º 3, alínea a))²⁴².

Outra situação é a de que a lei confere aos maiores de 14 anos autonomia para decidir da realização de certas intervenções médicas. Essa autonomia encontra-se prevista na Lei n.º 36/98, de 24 de Julho. Nos termos do artigo 5.º n.º 3, só os menores de 14 anos ou os que não possuam o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento é que serão substituídos pelos representantes legais para exercer os direitos previstos nas alíneas c), d) e e) do n.º 2 do artigo 5.º²⁴³.

A este propósito, é interessante recordar que a capacidade dos menores foi tratada por Gomes da Silva na preparação do que seria o Código Civil de 1966, prevendo, por exemplo, para o artigo 5 §2.º que “gozam de liberdade pessoal e pode, no exercício dos seus direitos civis, agir ou abster-se de agir livremente, contanto que não o façam por meio de atos jurídicos que lhes sejam vedados por lei”. Ao que parece, pretendia-se

²⁴² No entanto, tanto numa, como noutra, dever-se-á compatibilizar este regime com o do artigo 38.º, n.º 2 da CDOM: “No caso de crianças ou incapazes, o Médico procurará respeitar na medida do possível, as opções do doente, de acordo com a capacidade de discernimento que lhes reconheça, atuando sempre em consciência na defesa dos interesses do doente”.

Neste caso, a norma do CDOM respeita de forma mais adequada os direitos fundamentais à integridade física e moral, à autodeterminação nos cuidados de saúde e do desenvolvimento da personalidade, previstos na Constituição.

²⁴³ Artigo 5.º alínea c): “Decidir receber ou recusar as intervenções diagnósticas e terapêuticas propostas, salvo quando for caso de tratamento compulsivo ou em situações de urgência em que a não intervenção criaria riscos comprovados para o próprio ou para terceiros”; alínea d): “não ser submetido a electroconvulsoterapia sem o seu prévio consentimento escrito”; alínea e): “aceitar ou recusar, nos termos da legislação em vigor, a participação em investigações, ensaios clínicos ou atividades de formação”.

“substituir uma ideia de incapacidade do menor pela conceção de uma incapacidade gradativa, adaptada à sua real condição”²⁴⁴.

Com efeito, o Código Civil português aponta para duas regras paralelas: uma respeitante aos atos jurídicos patrimoniais (artigo 123.º) e outra para os atos jurídicos pessoais (onde domina a capacidade para consentir, nos termos já definidos anteriormente). O elemento literal dos artigos 123.º e 139.º do Código Civil não deveriam constituir obstáculo a este entendimento, já que a lei (os artigos *supra*) limita-se a lançar mão do conceito tradicional de capacidade de exercício de direitos, sem que com isso pretenda afastar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do menor, constitucionalmente imposto pelo artigo 26.º n.º 1 da Constituição. O que, em última análise, significa que os ditos preceitos devem, neste sentido, ser interpretados em conformidade com a Constituição.²⁴⁵

Depois de reproduzidos alguns exemplos acerca do conceito de “maioridades especiais” quanto à questão do limite da idade do menor enquanto requisito obrigatório para a capacidade para consentir, importa tomar em consideração a regra contida no artigo 38.º n.º 3 do Código Penal como uma norma que define essa fronteira essencial para se arbitrar sobre a aplicação do tipo legal de crime de “Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários” (artigo 156.º) ou da validade de um consentimento que justifique as ofensas corporais (artigo 143.º e artigo 149.º).

No âmbito civil, André Dias Pereira considera não existir “uma idade clara para a validade do consentimento do menor”, e que, “a lei para múltiplos aspetos da vida pessoal do menor, sobretudo quando estavam em causa cuidados de saúde, lhe conferia autonomia ou lhe pedia opinião [...]”²⁴⁶.

Também Paulo Mota Pinto²⁴⁷ defende que não são de aplicar quanto ao “acordo para a limitação voluntária de direitos de personalidade”, as regras gerais de suprimento de incapacidades de exercício, propondo que se distinga “consoante o incapaz - menor ou interdito – disponha ou não, no momento em que presta o consentimento, do

²⁴⁴ Cfr., António Menezes Cordeiro – Tratado de direito civil português. 4.ª ed. Coimbra : Almedina, 2012. V. 1, t. 3, pág. 389-390.

²⁴⁵ Cfr., J.J Gomes Canotilho – Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4.ª ed. Coimbra : Almedina, Coimbra Editora, 2000, pág. 1113.

²⁴⁶ Cfr., ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE - Consentimento Informado : Relatório Final. Porto : Entidade Reguladora da Saúde, 2009, pág. 45 e ss.

²⁴⁷ Cfr., Paulo Mota Pinto - Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues : limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Coimbra : Coimbra Editora, 2001, pág. 542-546.

discernimento necessário (de capacidade natural) para avaliar o sentido e alcance das consequências para o seu direito de personalidade, em resultado da limitação voluntária”.

3.2. O MENOR ENQUANTO SUJEITO AUTÓNOMO

3.2.1. A AUTONOMIA E A AUTODETERMINAÇÃO COMO ALICERCES NA DOGMÁTICA DO CONSENTIMENTO

A autonomia dos menores tem vindo a manifestar-se progressivamente. Apesar de estarem sujeitos a situações de fragilidade e doença, encontram-se, muitas das vezes, num estágio de evolução superior ao de muitas outras crianças da mesma idade²⁴⁸.

Cada vez mais cedo, é-lhes atribuído o facto de poderem decidir sobre certos assuntos, ou pelo menos, terem o direito a ser informados e a opinar acerca das decisões a tomar²⁴⁹. Consideramos, por isso, ser razoável a concessão de uma autonomia que permita ao menor prestar de forma válida o seu consentimento, respeitando a sua capacidade de autodeterminação e a sua maturidade. Pensamos, com isto, que a validade de um consentimento para ato médico prestado por quem tiver menos de 16 anos deve ser tida por referência à sua maturidade e capacidade de discernimento, tendo sempre em atenção a sua aptidão para compreender o alcance e consequências das suas escolhas, bem como a repercussão que as mesmas podem vir a ter na sua vida.

Creemos, porém, que não se poderá considerar válida a manifestação de vontade tendo em conta apenas o critério da idade. Dever-se-á ainda ter em consideração os numerosos direitos fundamentais que à criança estão implícitos²⁵⁰, não podendo, de

²⁴⁸ Note-se que “entretanto essa mesma criança fala da sua doença, identifica a possibilidade de pesquisa/tratamento não ter benefícios porque convive com a realidade de outras crianças que morrem; e é sobre a sua vida, seu corpo que outros decidem por ela sem o seu consentimento esclarecido (...). Acredita-se na importância de se preservar o exercício da autonomia, em qualquer idade, como respeito à dignidade da pessoa”, Cfr., Vânia Teixeira e Marlene Braz - Estudo sobre o respeito ao princípio da autonomia em crianças e/ou adolescentes sob tratamento oncológico experimental, através do Processo de Obtenção do Consentimento Livre e Esclarecido. *Revista Brasileira de Cancerologia*. N. 56 (2010) pág. 57.

²⁴⁹ O artigo 12.º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, estabelece que “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”.

²⁵⁰ Tal como o respeito pela dignidade da pessoa humana, o direito à vida, o direito ao nome, o direito à identidade pessoal, o direito à dignidade social, o direito à nacionalidade, o direito à filiação verdadeira e biológica, o direito a pertencer a uma família e a receber dela proteção, respeito, segurança, zelo, de modo a criar e proporcionar à criança condições para um harmonioso e saudável desenvolvimento da sua

modo algum, estes direitos serem desvinculados, sobretudo quando se trata de cuidados médicos. E por isso é-lhe reconhecido dignidade constitucional, como a integridade física e moral da pessoa humana (artigo 25.º da Constituição da República Portuguesa), que deve ser harmonizada de forma individual e indisponível, por forma a garantir o direito a ser informado e esclarecido de acordo com o seu nível de compreensão relativamente à questão que se lhe coloca no que respeita à sua saúde, ao seu corpo e à sua liberdade pessoal.

A autonomia é um termo que espelha a verdadeira condição humana, e significa a condição do indivíduo de ser autor da sua própria vida. O poder de decidir ou autodeterminar, e o poder de usar o próprio corpo, corresponde ao princípio da autonomia. Outro postulado que acaba por fundamentar a questão da dignidade em relação ao ser humano, independentemente do seu nível de desenvolvimento cognitivo, está relacionado com o potencial. De um modo geral, todos os menores revelam um potencial para o desenvolvimento da racionalidade.

Tal facto leva-nos a crer que intrinsecamente os menores revelam um potencial para serem racionais, são portadores de dignidade, e portanto, devem ser respeitadas como qualquer outra pessoa²⁵¹. Assim sendo, a autonomia e autodeterminação como manifestação da emancipação atribuída ao menor não deveria sofrer limitações em função da idade cronológica do seu titular, dado que o seu desenvolvimento cognitivo a ela subjacente pode-se manifestar de um modo mais desenvolvido em determinadas crianças do que noutras.

O desenvolvimento do menor enquanto ser humano, a sua maturidade não se adquire no momento em que passa dos 15 para os 16 anos, idade a partir do qual, aos olhos da lei, se torna competente e legalmente válida e admissível a sua decisão. A verdade é que essa autodeterminação é um processo progressivo e gradual que difere de adolescente para adolescente. É, muitas vezes, através da existência de conjunturas externas que proporciona um maior ou menor desenvolvimento do menor.

Devemos de olhar para o menor, independentemente da sua idade, como um sujeito individual, atendendo ao caso em concreto, focando naquilo que é verdadeiramente

personalidade; o direito a receber do Estado apoios, nomeadamente quando se trata de crianças carenciadas social e economicamente.

²⁵¹ Ao não fazê-lo, estar-se-ia a desrespeitar o artigo 1.º da DUDH que determina que todos os homens nascem e são livres e iguais em direitos.

fundamental: a sua maturidade, a sua capacidade de entendimento perante uma situação em concreto, o nível de aprendizagem que possui, o meio social e cultural onde está inserido, onde vive, quais as experiências vividas, onde desenvolve a sua própria vida, assim como os laços afetuosos que tem vindo a fortalecer ao longo da sua existência.

Contudo, legalmente só a partir dos 16 anos de idade pode um menor consentir em tratamentos médicos como se fosse maior de idade. Pensemos na idade de 16 anos como referência feita pelo legislador considerando que só a partir de tal idade, é o *menor maduro*²⁵² o suficiente para compreender o que lhe é proposto, e tomar uma decisão livre e autónoma. Até que atinja essa fase, caberá aos pais a tomada de decisões, devendo estes orientarem-se exclusivamente pelo seu bem-estar, sempre tomando em consideração a sua opinião²⁵³.

Quando se pensa em maturidade, geralmente associa-se à idade do menor²⁵⁴. Por regra, os adolescentes vão ganhando mais maturidade à medida que vão adquirindo conhecimentos, competências, aptidões, valores e capacidades cognitivas suficientes para formar juízos e opiniões relevantes e ponderadas. Trata-se de um *amadurecimento* mental e físico que se vai desenvolvendo de forma crescente. Embora a maturidade suceda, geralmente, com a idade, existem outros fatores que influenciam o desenvolvimento psicológico e que formam a sua personalidade. Esses fatores advêm da educação, do relacionamento familiar, da inserção social, do relacionamento que têm com os outros, etc.

A maturidade não surge no dia em que o menor completa 16 ou 18 anos de idade, é outrossim um processo que surge para cada pessoa num momento diferente. Por isso, entendemos que não se deve fixar taxativamente a idade em que o menor atinge esse *patamar* intelectual, devendo ainda ser atendido e valorado o seu desenvolvimento psicológico e a sua capacidade para consentir, variando esta de pessoa para pessoa.

²⁵² *Menor maduro* é o termo adequado para designar os menores de idade, do ponto de vista legal, mas cuja capacidade é bastante para se envolverem e tomarem decisões, tanto médicas, como de outro tipo. Cfr., Marta Jacob Sánchez – El menor maduro. Boletín de la Sociedad de Pediatría de Asturias, Cantabria, Castilla y León. V. 45, n. 193 (2005), págs. 156-160.

²⁵³ Diz o artigo 46.º n.º 3 do CDOM que, “A opinião dos menores deve ser tomada em consideração, de acordo com a sua maturidade, mas o médico não fica desobrigado de pedir o consentimento aos representantes legais daqueles”. Também o artigo 6.º, n.º 2 da CEDHBio estipula que, “Sempre que, nos termos da lei, um menor careça de capacidade para consentir uma intervenção, esta não poderá ser efetuada sem a autorização do seu representante [...]”.

²⁵⁴ *Vide*, neste sentido, Jorge de Figueiredo Dias - Direito penal, parte geral : questões fundamentais : a doutrina geral do crime. Coimbra : Coimbra Editora, 2004. T. 1, pág. 483-484.

Enquanto profissionais de saúde, e em particular enquanto especialistas no tratamento com crianças, quando que se afigure necessário a obtenção de consentimento informado por parte do menor, o médico terá, sempre, e em concreto, de considerar a sua capacidade e maturidade, não apenas avaliando a idade do menor como único requisito de validade.

O critério decisivo, segundo André Dias Pereira, “é a concreta avaliação que o médico leve a cabo sobre a capacidade para consentir do menor. E, acrescente-se que o profissional de saúde tem o dever legal de efetuar uma avaliação da capacidade em todos os casos e, após o seu juízo, agir em conformidade”²⁵⁵.

Poder-se-á, neste sentido, recorrer a técnicos especializados²⁵⁶, através de uma avaliação, da recolha de uma amostra, do comportamento e da maturidade de um determinado grupo com a mesma faixa etária, e deste modo prever o comportamento do menor com uma idade nela compreendida, partindo-se de uma premissa geral para um caso concreto. Não obstante, deverá ser sempre feito um juízo quanto ao grau de desenvolvimento do menor em questão, a fim de precisar se este se enquadra ou não dentro do grupo etário em que se insere, pois pode ocorrer que esse mesmo menor esteja bastante mais desenvolvido que outros menores que se inserem nesse grupo etário, isto é, detenha capacidades de decisão correspondentes às de um grupo etário cuja idade seja a admitida legalmente para que lhe reconheça capacidade consentimento.

Mas atenção: voltamos a reforçar a ideia de que este não pode ser o único critério a influenciar a atribuição da capacidade. A gravidade do tratamento é também um elemento de grande importância na decisão do médico, devendo ser sempre assegurado que o menor compreende tudo aquilo a que vai ser sujeito. Quanto mais complexa for a intervenção, mais exigente será a análise e determinação da capacidade do menor para consentir.

Em todo o caso, com base na maturidade do menor, o médico não está dependente somente da idade, deve, igualmente, aferir da capacidade de compreensão deste

²⁵⁵ Cfr., André Dias Pereira - O consentimento informado na relação médico-paciente : estudo de direito civil. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 319.

Acrescenta, o Autor: “Nesse juízo deve-se ter em consideração a gravidade da intervenção, a maturidade do menor, no grau de autonomia que tem na sua vida em geral e no domínio ou experiência que tem da doença e da relação clínica em particular, e outras circunstâncias especiais”.

²⁵⁶ Não apenas os que estão ligados às ciências médicas como aqueles que pertencem às ciências sociais, tais como os psicólogos e assistentes sociais.

relativamente ao tratamento médico, seja este uma cirurgia, uma transfusão de sangue, ou um simples tratamento de uma gripe. Independentemente da natureza do tratamento, se o menor for considerado capaz, só o seu consentimento interessa e torna lícita a intervenção, não sendo necessária a concordância dos pais.

Um menor ao prestar o seu consentimento (válido) para a prática de determinado ato médico, fá-lo seguindo uma diretriz que lhe foi anunciada por meio de informação, recorrendo-se a um vocabulário simplista e claro, adequado à sua idade, à sua capacidade de compreensão e ao seu próprio desenvolvimento cognitivo. Significa que quando está em causa uma situação médica que envolva menores, o médico e a sua equipa têm de ter um cuidado maior e redobrado em prestar o apoio necessário num momento de tamanha vulnerabilidade para o doente, justificando-se, pelos próprios critérios e princípios orientadores da relação médico-paciente, serem diferentes quando se trata de uma criança ou de um adulto. O médico, por dever profissional, procura estabelecer uma relação clínica empática, procurando deste modo, compreender se à sua frente tem alguém cuja maturidade permite acordar no tratamento ou intervenção que o próprio médico se propõe a realizar.

O fundamento centra-se na questão da fragilidade e vulnerabilidade que caracterizam a pessoa da criança, pois a sua autonomia, dignidade e integridade são constantemente ameaçadas e correm mais riscos do que num adulto, capaz de se defender. E foi precisamente com base nesta vulnerabilidade e fragilidade que levaram o legislador a atribuir aos seus representantes legais o poder de decidir no melhor interesse da criança.

Quando se está perante uma situação em que o menor tem de consentir para a realização de determinado tratamento, deve-se atender a um critério decisivo, concreto, e uma eficaz avaliação que o médico comporte sobre a capacidade para consentir do menor. Naqueles casos em que um menor de 16 anos demonstrar não ter o discernimento necessário para determinada intervenção, deve o médico solicitar o consentimento aos seus pais, manifestado através de uma autorização própria do exercício da *representação* e do poder paternal²⁵⁷.

²⁵⁷ Incluem-se, ainda, outras situações como o tutor ou os Órgãos (já referidos) de cariz social e estatal que agem de modo a promover os direitos das crianças e dos jovens.

Ao nível do Direito Comparado, achamos pertinente recorrer às lições de André Dias Pereira²⁵⁸ como referência a um regime jurídico que sofreu uma grande transformação, proporcionando uma maior autonomia e maior respeito pela opinião do menor. Referimo-nos, portanto, ao Código Civil de Macau, mais concretamente ao artigo 69.º que regula a problemática de quem deve prestar o consentimento para a limitação voluntária aos direitos de personalidade de menores.

Considera este dispositivo, que, cabe aos próprios menores, desde que maiores de 14 anos, e que possuam o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que prestam esse consentimento²⁵⁹. Significa que, para efeitos civis, a limitação voluntária dos direitos de personalidade de menores carecerá de ser consentida por eles próprios se, sendo maiores de 14 anos, e possuam o discernimento necessário para prestar o seu consentimento. “Todavia, em qualquer caso – isto é, mesmo antes dos 14 anos de idade o menor pode opor-se ao consentimento prestado pelo seu representante, se tiver maturidade para avaliar o sentido e alcance desse consentimento”²⁶⁰.

Em Espanha, segue-se o mesmo regime que em Portugal, estabelecendo os 16 anos como a idade em que se adquire o direito a consentir. Embora pareça similar, a verdade é que Espanha possui um sistema de autonomia progressivo que se manifesta a partir dos 12 anos²⁶¹. De acordo com a *Lei de Proteção Jurídica do Menor*²⁶², a criança goza do direito a receber informação em geral (artigo 5.º), pelo que, por maioria de razão, deve valer quando está em causa a sua pessoa, sempre que as condições de maturidade lho permitam.

²⁵⁸ Cfr., André Dias Pereira – O consentimento informado na relação médico-paciente : estudo de direito civil. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 291 e ss.

²⁵⁹ Cfr., André Dias Pereira – O consentimento informado na relação médico-paciente : estudo de direito civil. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 292.

²⁶⁰ Cfr., Paulo Mota Pinto, *apud* André Dias Pereira - O consentimento informado na relação médico-paciente : estudo de direito civil. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 292, nota de rodapé n.º 662.

²⁶¹ Cfr., artigo 9º n.º3 da Ley Espanhola no 41/2002: “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. Cuando se trate de menores no incapaces 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”.

²⁶² Cfr., Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Janeiro, sobre a *Proteção Jurídica do Menor*, *apud* André Dias Pereira – O consentimento informado na relação médico-paciente : estudo de direito civil. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 294, nota de rodapé n.º 669.

Por outro lado, a Suíça, a Bélgica²⁶³, a Suécia, a Finlândia e a França²⁶⁴ criaram um regime distinto, segundo o qual não existe uma idade mínima que permita consentir, tendo optado por efetuar uma avaliação casuística da capacidade do menor²⁶⁵.

A lei belga relativa aos direitos dos pacientes (de 22 de Agosto de 2002), não estabelece uma idade precisa, defendendo uma *apreciação casuística*, em função da idade e da maturidade do menor²⁶⁶.

O regime do Código Civil dos Países Baixos prevê o seguinte sistema: se a criança tiver menos de 12 anos é considerada incapaz. Entre os 12 e 15 anos *presumem-se capazes*, salvo prova em contrário. *Se for competente*, exige-se um duplo consentimento (dos pais e do menor). Na hipótese de o menor ser incapaz, atende-se ao consentimento dos pais. No entanto, se o menor objetar, as intervenções invasivas não se realizam, exceto se forem necessárias para prevenir graves danos à saúde do menor. Com 16 anos, o menor é considerado plenamente capaz²⁶⁷.

Em França, a *Loi du 4 mars* estabelece um regime segundo o qual os direitos dos menores são exercidos pelos titulares do poder paternal, que recebem informação, nos termos gerais. Por outro lado, os menores têm direito a receber eles próprios a

²⁶³ Cfr., artigo 12, § 1 da *Loi belge relative aux droits du patient*, de 22 de Agosto de 2002: “Si le patient est mineur, les droits fixés par la présente loi sont exercés par les parents exerçant l'autorité sur le mineur ou par son tuteur”, e n.º2 “Suivant son âge et sa maturité, le patient est associé à l'exercice de ses droits. Les droits énumérés dans cette loi peuvent être exercés de manière autonome par le patient mineur qui peut être estimé apte à apprécier raisonnablement ses intérêts”.

²⁶⁴ Cfr., artigos L1111-4 do *Code de Santé Publique*, “ (...)Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables. [...]” e L1111-5 “Par dérogation à l'article 371-2 du code civil, le médecin peut se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur les décisions médicales à prendre lorsque le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure, dans le cas où cette dernière s'oppose expressément à la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé. Toutefois, le médecin doit dans un premier temps s'efforcer d'obtenir le consentement du mineur à cette consultation. Dans le cas où le mineur maintient son opposition, le médecin peut mettre en oeuvre le traitement ou l'intervention. Dans ce cas, le mineur se fait accompagner d'une personne majeure de son choix”.

²⁶⁵ Cfr. André Dias Pereira – O consentimento informado na relação médico-paciente : estudo de direito civil. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 296, 297, 302.

Mais uma vez, o Autor faz uma alusão ao critério casuístico para aferir a capacidade do menor para prestar o seu consentimento.

²⁶⁶ Cfr., artigo 12, § 2: “Suivant son âge et sa maturité, le patient est associé à l'exercice de ses droits. Les droits énumérés dans cette loi peuvent être exercés de manière autonome par le patient mineur qui peut être estimé apte à apprécier raisonnablement ses intérêts”. Cfr., André Dias Pereira – O consentimento informado na relação médico-paciente : estudo de direito civil. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 297, nota de rodapé n.º 676.

²⁶⁷ Cfr., André Dias Pereira – O consentimento informado na relação médico-paciente : estudo de direito civil. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 297 e 298.

informação e a participar no processo de decisão que lhes diz respeito de um modo adaptado aos seus graus de maturidade²⁶⁸.

Nos Estados Unidos da América mais de trinta Estados fixam os 12 (doze) anos como a idade de referência para consentir em tratamentos médicos. Diferentemente, a Áustria e a Alemanha, fixam os 14 (catorze) anos como a idade mínima para consentir.

Na Áustria, o menor com capacidade de discernimento toma por si mesmo a decisão. Quanto não careça dessa capacidade de compreensão, necessita da autorização de uma terceira pessoa, que será, em princípio, o titular do poder paternal²⁶⁹. A lei austríaca considera, ainda, que quem deve dar a autorização é a pessoa que se ocupa da educação e sustento da criança, “bem como a presunção de que os menores “maduros” (*mundigen Minderjährigen*) gozam de capacidade de discernimento”²⁷⁰. Esta lei foi mais longe, considerando como critério fundamental o da capacidade de compreensão e de decisão (“*Einsichts- und Urteilsfähigkeit*”) do menor. Assim, estabeleceu uma importante presunção: os menores “maduros” (com mais de 14 anos) presumem-se capazes, os outros presumem-se incapazes²⁷¹.

No caso da doutrina alemã, perante os menores de 14 (catorze) anos, o médico deve esclarecer e obter o consentimento dos representantes legais; os maiores de 14 (catorze) anos com capacidade de discernimento devem ser chamados autonomamente a assumir o consentimento informado, desde que não ponha em causa o dever de confidencialidade, deve também ser solicitada a consulta dos pais²⁷².

Na Inglaterra, o consentimento do maior de 16 (dezasseis) anos é válido; Todavia, o consentimento do menor de 16 anos também pode ser válido de acordo com o critério *Gillick*. Este critério surge originado pelo caso *Gillick*, que encorajava os médicos a prescreverem contraceptivos para menores de 16 (dezasseis) anos sem o consentimento dos pais, situação combatida e bastante criticada por Victoria Gillick²⁷³. Assim, a *House*

²⁶⁸ “Les droits des mineurs ou des majeurs sous tutelle mentionnés au présent article sont exercés, selon les cas, par les titulaires de l’autorité parentale ou par le tuteur. Ceux-ci reçoivent l’information prévue par le présent article, sous réserve des dispositions de l’article L. 1111-5. Les intéressés ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d’une manière adaptée soit à leur degré de maturité s’agissant des majeurs sous tutelle”. *Apud* André Dias Pereira – O consentimento informado na relação médico-paciente : estudo de direito civil. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 296, nota de rodapé n.º 673.

²⁶⁹ Cfr., André Dias Pereira – O consentimento informado ... pág. 298.

²⁷⁰ Cfr., André Dias Pereira – O consentimento informado ... pág. 298.

²⁷¹ Cfr., André Dias Pereira – O consentimento informado ... pág. 299.

²⁷² Cfr., André Dias Pereira – O consentimento informado ... pág. 300.

²⁷³ Cfr. Bridgit Dimond - *Legal Aspects of Mental Capacity*. Blackwell Publishing, n.º88, 2008, pág. 282-283, *Apud* Geraldo Ribeiro - *Quem decide pelos menores?* (algumas notas sobre o regime jurídico do

of Lords considerou que este tipo de atuação era no melhor interesse dos menores, pelo que os direitos parentais estavam limitados nestes casos, desde que os menores tivessem a capacidade para entender “*what was involved*”²⁷⁴.

Do que ficou exposto, podemos concluir, afirmando que em quase todos os países há uma maioria especial quando se trata de cuidados de saúde, embora encontremos uma certa divergência no que respeita, concretamente, à idade do menor.

Em países como Espanha e a Holanda a autonomia do menor dá-se progressivamente, começando nos 12 anos de idade até aos 16 anos.

Outros países, como a Áustria e a Alemanha, aperfilham a fronteira dos 14 anos, não dispensando a análise da capacidade de discernimento do menor, atendendo casuisticamente ao caso concreto.

Um terceiro grupo engloba-se, Inglaterra, onde é criada uma verdadeira maioria para os cuidados de saúde a partir dos 16 anos.

Num sentido oposto, de não haver uma indicação quantitativa da idade, fazendo, antes, depender da avaliação concreta da capacidade de discernimento, são os casos da Bélgica, da Suíça, da Suécia e da Finlândia.

3.2.2. A INFORMAÇÃO E O ESCLARECIMENTO COMO REQUISITOS PARA A PRÁTICA DO ATO MÉDICO

3.2.2.1. O DEVER DE INFORMAR

O dever de segredo dos médicos é uma das principais manifestações e condições para que se estabeleça uma relação médico-paciente. Isto porque, só assim o paciente deposita a sua confiança no seu médico, e assim lhe transmite toda a informação importante para a formulação do diagnóstico e, por conseguinte, para a tomada das decisões terapêuticas²⁷⁵. Mas, para além destas questões, o segredo médico cumpre

consentimento informado para atos médicos). *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. A. 7 n. 14 (2010), pág. 131, nota de rodapé n.º 89: “if the child has the maturity to understand the nature, purpose, and likely effects of any proposed treatment, then he or she could give a valid consent without the involvement of the parents”.

²⁷⁴ Cfr. André Dias Pereira – O consentimento informado na relação médico-paciente : estudo de direito civil. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 298-302.

²⁷⁵ Neste sentido, o artigo 85.º do Código Deontológico que refere que o “segredo médico é condição essencial ao relacionamento médico-doente, assenta no interesse moral, social, profissional e ético, que pressupõe e permite uma base de verdade e de mútua confiança”.

ainda uma outra função fundamental respeitante aos direitos fundamentais, que se prende com a tutela da reserva da intimidade da vida privada do paciente.

Nestes termos, a imposição do segredo médico encontra o seu fundamento na reserva da vida privada tutelado constitucionalmente (artigo 26.º da Constituição) mas também, merecedora de tutela civil (artigo 81.º do Código Civil). Numa outra vertente, atendendo ao fundamentalismo do bem jurídico que está na sua base, a violação do segredo profissional é também estabelecida como tipo penal previsto no artigo 195.º do Código Penal.

O direito à informação e o dever da informação exigido como requisito essencial para a realização do ato médico, não está apenas funcionalizado no exercício do direito ao consentimento, existindo para além dele²⁷⁶. Sendo a informação a pedra-de-toque relativa ao estado de saúde e um elemento principal da identidade da pessoa, o paciente tem o direito dela conhecer, independentemente de estar em causa ou não a prática de qualquer intervenção médica²⁷⁷.

A Lei de Bases da Saúde²⁷⁸ prevê que os utentes têm o direito de ser “informados sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado”. Ou seja, está aqui em causa a proteção do direito ao *livre desenvolvimento da personalidade*. O legislador não apenas prevê um direito à informação de saúde, mas concede aos pacientes um direito de acesso à informação²⁷⁹.

Mas o regime do direito de acesso à informação não se restringe apenas neste diploma legal. A Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto, regula o acesso aos documentos administrativos. Com efeito, nos termos do artigo 2.º n.º 3, o acesso a documentos nominativos, nomeadamente quando incluam dados de saúde, é regulado por esta lei, a qual prevê expressamente que a comunicação de dados de saúde é feita por

²⁷⁶ Cfr Maria João Estorninho e Tiago Macieirinha – Direito da Saúde : lições. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2014, pág. 280.

²⁷⁷ Cfr., Maria João Estorninho e Tiago Macieirinha - Direito da Saúde : lições. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2014, pág. 280.

²⁷⁸ Na sua Base XIV, n.º 1, alínea e).

²⁷⁹ A Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, - lei da informação genética pessoal e da informação de saúde - prevê, no seu artigo 3.º, que a “*informação de saúde, incluindo os dados clínicos registados e outros exames subsidiários, intervenções e diagnósticos, é propriedade da pessoa*”.

“Em relação à obtenção da informação, diz-nos o n.º 2 do artigo 3.º que o titular da informação tem o direito de tomar conhecimento de “*todo o processo clínico que lhe diga respeito, salvo circunstâncias excecionais devidamente justificadas em que seja inequivocamente demonstrado que isso lhe seria prejudicial*”. Todavia, nos termos da lei, o acesso à informação só pode ser realizado pelo médico, com competência própria, escolhido pelo titular da informação para esse efeito (artigo 3.º n.º 3)”. Cfr., Maria João Estorninho e Tiago Macieirinha - Direito da Saúde : lições. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2014, pág. 281.

intermédio do médico se o interessado o requerer (artigo 7.º). Analisando a *contrario* a disposição desta norma, conclui-se que, se o interessado não requerer a intervenção do médico, tem direito ao acesso direto aos documentos administrativos que contenham dados relativos à sua saúde, como é o caso do processo clínico, solução que não corresponde à disposição prevista no artigo 3.º n.º 3, da Lei da informação de saúde²⁸⁰.

O dever de informação enquanto requisito de validade inserido na questão do consentimento informado encontra-se previsto em vários documentos legislativos, sendo de destacar, para as intervenções médico-cirúrgicas em geral, a Lei de Bases da Saúde²⁸¹ e o artigo 157.º do Código Penal. Essa informação deve ser prestada em linguagem clara, simples, indicando todos os dados com interesse para o *paciente concreto*. O médico deve procurar respeitar o sistema de valores do paciente e estabelecer um diálogo que acompanhe as capacidades intelectuais e culturais deste. Deve-se usar uma linguagem acessível, não técnica.

A quantidade e o tipo de informação que os médicos devem prestar a cada paciente, variam de acordo com vários fatores, tais como a complexidade do tratamento, os riscos a este associados e os desejos do próprio paciente.

Deve-se usar o critério do “paciente concreto”, isto é, dar as informações que aquele concreto paciente precisa de saber ou desejaria conhecer para tomar a sua decisão, tendo em consideração a sua personalidade e capacidade cognitiva. Uma informação que parece perfeita, em abstrato, pode ser afinal inútil, se o paciente não perceber o idioma ou se for analfabeto, se não tomar em consideração a religião, ou as opções filosóficas profundas do paciente. E as consequências laterais ou os riscos, sendo desprezíveis para um paciente abstrato, podem ser insuportáveis para o paciente concreto, devido à sua personalidade, à sua profissão ou aos seus lazeres²⁸².

É difícil apresentar uma lista completa de todos os aspetos que devem ser objeto do dever de informar. O doente deve ser informado dos riscos graves e dos riscos frequentes da concreta terapêutica, e quando o médico pelo contacto que estabeleceu com aquele, se aperceber de qualquer especificidade, também deve informá-lo dos

²⁸⁰ Cfr., Maria João Estorninho e Tiago Macieirinha - Direito da Saúde : lições. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2014, pág. 281 e 282.

²⁸¹ Base XIV, n.º1, “Os utentes têm o direito de: e) Ser informados sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado”.

²⁸² Por exemplo um cozinheiro pode não querer aceitar uma terapêutica prolongada que lhe altere o paladar.

riscos que interessam àquele concreto paciente. Para além disso, o médico deve esclarecer o paciente sobre a necessidade da intervenção. Tal implica “a informação sobre a existência (ou não) bem como sobre as vantagens relativas dos meios alternativos de diagnóstico ou terapia.”²⁸³

O ponto mais polémico na doutrina do dever de esclarecimento prende-se com a comunicabilidade dos riscos muito graves e muito raros. Embora não haja uma resposta evidente quanto a esta pergunta, “devem ser comunicados ao paciente”²⁸⁴.

A resposta que pensamos ser a mais ajustada com o respeito pelo direito à autodeterminação, é a que manda transmitir, pelo menos, os dados que sejam importantes para aquele cuidado médico em concreto, que sejam relevantes e que estejam consubstanciados com a realização de determinada intervenção médica, salvo se o paciente mostrar que não quer saber, ou quando se verificarem situações excecionais como o privilégio terapêutico.

Porém, há o outro lado da moeda: há que ponderar se o conhecimento de toda e qualquer complicação não colocaria o paciente numa posição de recusa de atos médicos indispensáveis à sua vida.

Sendo tal revelação desses riscos total e sistemática, significaria uma mudança brusca dos hábitos de assistência médica, atendendo, quanto a isso, uma certa moderação. Assim, o caminho mais acertado é o de apresentar vários vetores de análise ou tópicos que permitam decidir o caso concreto.

Em nome do princípio da autodeterminação, Vera Raposo considera que os “riscos sérios e graves, ainda que raros, devem ser transmitidos, exceto se daí advier perigo para o estado do paciente ou se este preferir não os conhecer”.²⁸⁵

²⁸³ Cfr., Manuel da Costa Andrade - Anotação ao artigo 157.º - In Jorge Figueiredo Dias dir. - Comentário Conimbricense ao Código Penal – parte especial. Coimbra : Coimbra Editora, 2012. T. 1, pág. 636.

²⁸⁴ Cfr., Vera Lúcia Raposo – Do ato médico ao problema jurídico: breves notas sobre o acolhimento da responsabilidade civil médica e profissional na jurisprudência nacional. Almedina : Coimbra, 2013, pág. 225.

²⁸⁵ Neste sentido, e acompanhando as lições da autora, o Tribunal Constitucional Espanhol declarou nula a decisão judicial que recusara a pretensão da paciente num processo relativo a um caso de ausência de consentimento informado. A decisão recorrida negara a indemnização a uma mulher que perdera totalmente funções na mão direita em virtude de um cateterismo cardíaco, sem que o médico a informasse que esse era um risco de semelhante intervenção. Mas o Tribunal Constitucional, em sede de recurso de amparo, deu razão à paciente, por entender que tal conduta violara o seu direito à integridade física. (decisão de 28/03/2001, n.º 037/2011). A crítica feita pela autora vai no sentido de que o Tribunal Constitucional se ter concentrado no direito à integridade física quando “não é este o bem jurídico que o consentimento para atos médicos visa tutelar”. Defendendo, por sua vez, “uma solução baseada nas circunstâncias do caso concreto, o que não inclui apenas a probabilidade da ocorrência do risco, mas também a natureza da

Por exemplo, no campo da cirurgia estética (ou de outros tratamentos optativos) é compreensível, e unanimemente aceite que todos os riscos devem ser comunicados, por mais improváveis que se revelem, pelo que, cabe ao cirurgião plástico esclarecer com rigor quais os resultados com que o paciente pode legitimamente contar e qual a margem de risco com que se pode defrontar²⁸⁶.

Por cá, a jurisprudência portuguesa é relativamente flexível no que respeita a falhas graves no cumprimento da obrigação de consentimento informado, sobretudo no que toca aos riscos da intervenção, uma das mais urgentes informações a ser transmitidas²⁸⁷.

A informação consiste numa condição de validade do consentimento do paciente. Quando o médico não informa ou informa deficientemente, o consentimento do paciente será automaticamente inválido, porque referido a um ato médico sobre o qual o paciente não determinou a sua vontade. Neste sentido se fala num verdadeiro *esclarecimento-para-a-autodeterminação*, uma vez que a informação e o esclarecimento do paciente constituem um “pressuposto conatural” à sua própria liberdade, ou seja, algo de incidível relativamente ao próprio consentimento, em ordem a que se realize o seu direito à autodeterminação.²⁸⁸

intervenção (...) se tem ou não carácter terapêutico” – Cfr., Vera Lúcia Raposo - Do ato médico ao problema jurídico: breves notas sobre o acolhimento da responsabilidade civil médica e profissional na jurisprudência nacional. Almedina : Coimbra, 2013, pág. 226.

²⁸⁶ Veja-se a este propósito, a extensão do consentimento informado na cirurgia estética foi discutida numa decisão da *Corte di Cassazione* italiana, em relação a uma intervenção plástica mamária a uma bailarina de *striptease*, sem ter sido previamente informada que os seios poderiam ficar assimétricas e que, permaneceriam cicatrizes em detrimento da operação. Perante esta omissão, a Corte de Cassação condenou o cirurgião plástico com o qual o paciente havia contratado, por violação do interesse contratual positivo, plasmado na ausência da devida informação. (decisão de 08/08/1985, n.º 4394) (Cfr., Vera Lúcia Raposo - Do ato médico ao problema jurídico: breves notas sobre o acolhimento da responsabilidade civil médica e profissional na jurisprudência nacional. Almedina : Coimbra, 2013, pág. 227).

²⁸⁷ Numa decisão do Supremo Tribunal de Justiça, tratava-se de um caso de uma mulher que, em virtude de tratamentos a laser realizados numa clínica particular, passou de uma acuidade visual no olho esquerdo de 9/10 para 2/10. Para além de possíveis erros na realização dos tratamentos, colocava-se também a questão de saber se a paciente tinha prestado o seu consentimento informado para tais tratamentos. O tribunal considerou que a procura voluntária de um determinado médico ou clínica, desonera o profissional de saúde de ser tão metucioso no cumprimento deste dever. Quanto à questão de alguns desses tratamentos serem prejudiciais à gravidez da autora, o tribunal não deu como provado que tal gravidez tivesse sido comunicada à equipa médica, pelo que “não se provando o acrescido risco do exame, fica de fora o ónus da ré, dos réus, o acrescido dever de informar sobre um tal risco”. (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/03/10, Processo n.º 301/06.4TVPRT.P1.S1).

²⁸⁸ Este esclarecimento de que tratamos, é diferente do chamado *esclarecimento terapêutico*, que serve apenas para garantir a boa execução do tratamento e não para “cumprir” a liberdade. Na verdade, este último já pressupõe aquele. Cfr., Manuel da Costa Andrade - Anotação ao artigo 157.º - In Jorge Figueiredo Dias dir. - Comentário Conimbricense ao Código Penal – parte especial. Coimbra : Coimbra Editora, 2012. T. 1, pág. 633-634.

Assim, recai sobre o médico responsável pela intervenção ⁽²⁸⁹⁾ ⁽²⁹⁰⁾ relativamente a cada ato médico ou “ao menos para cada conjunto de atos que constituam uma unidade”,²⁹¹ o dever de fornecer ao paciente,²⁹² com um tempo de antecedência considerável para que este possa refletir e decidir com serenidade (artigo 44.º n.º 2 do CDOM),²⁹³ toda a informação importante para que se considere um verdadeiro consentimento livre e esclarecido.²⁹⁴ Para isso, tal informação deverá preencher dois requisitos essenciais: a informação deverá ser clara e suficiente.²⁹⁵

No processo a seguir, a informação deverá ser clara, no sentido de simples e acessível ao paciente. Essa informação deverá ser atendida considerando o “paciente concreto”²⁹⁶ (artigo 44.º n.º 3 do CDOM), devendo a informação ser prestada na *língua* e de acordo com a *linguagem* do paciente, ou seja, adequada ao seu nível sociocultural e à sua capacidade de compreensão.

Com efeito, note-se, uma vez mais, que o critério do paciente médio não importa para aquelas situações em que uma determinada intervenção médica assume uma especial relevância para aquele paciente em particular, relevância essa substancialmente maior do que para a generalidade dos pacientes²⁹⁷.

Um dos modos eficientes de transmissão de informação, e dado o processo dialógico em que consiste o consentimento informado - a pressupor, portanto, igualmente uma abertura por parte do médico para eventuais questões que o paciente suscite -, é naturalmente a *oralidade*, não existindo, por regra, forma obrigatória para a informação, valendo, pois, integralmente a norma do artigo 219.º do Código Civil²⁹⁸.

²⁸⁹ Cfr., artigo 44.º n.º 3 do CDOM.

²⁹⁰ Embora nos casos de medicina em equipa, pode delegar noutro médico, contudo, devendo sempre, em todo o caso, confirmar posteriormente o esclarecimento.

²⁹¹ Cfr., Guilherme de Oliveira - O consentimento informado no direito português. Coimbra : Coimbra, 2008, pág. 68.

²⁹² Ver artigo 3.º n.º 1 da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro.

²⁹³ Porém, no caso da interrupção voluntária da gravidez a lei exige mesmo um prazo de reflexão de três dias – ver artigo 142.º, n.º 3, al. a), do Código Penal.

²⁹⁴ O próprio artigo 573.º do Código Civil refere-se genericamente à obrigação de informação.

²⁹⁵ Regendo-se sobre os princípios da simplicidade e da suficiência, Cfr., João Vaz Rodrigues – O consentimento informado para o ato médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente). Coimbra : Coimbra Editora, 2001, pág. 241-242.

²⁹⁶ Cfr., ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE - Consentimento Informado : Relatório Final. Porto : Entidade Reguladora da Saúde, 2009, pág. 22.

²⁹⁷ Pense-se no caso de um paciente pianista de profissão que, ao realizar a intervenção médica, ficaria com mobilidade reduzida nos dedos, ou num paciente provador de vinhos que pode com a operação perder o paladar. Estes danos poderiam para o paciente médio ser irrelevantes, mas para estes pacientes não.

²⁹⁸ Com exceção no caso de ensaios clínicos de medicamentos (ver artigo 6.º n.º 1, alínea d) da Lei n.º 46/2004, de 19 de Agosto) e na procriação medicamente assistida (ver artigo 14.º n.º 2 da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho).

Quanto à questão do *quantum* da informação prestada ao paciente, esta deverá ser “suficiente para que o consentimento se possa considerar esclarecido”²⁹⁹, ou seja, deverá ser a necessária para que o paciente possa determinar a sua decisão de consentir ou de dissentir numa base informativa verdadeira e plena, caso contrário o seu consentimento será considerado inválido.

A propósito da informação e do esclarecimento prestados no âmbito do consentimento informado de menores, ocupamo-nos uma vez mais do estudo elaborado pela Comissão Nacional da Saúde Materna, da Criança e do Adolescente³⁰⁰, onde enuncia expressamente o papel do médico, que habitualmente dá os esclarecimentos às crianças, jovens e pais (ou substitutos legais) com vista à obtenção do consentimento informado, seguindo-se outros profissionais como os enfermeiros e os psicólogos.

Em apenas 1 Serviço a educadora também presta esclarecimentos aos menores. A informação, normalmente fornecida, é genérica, sobre o ato, riscos e alternativas, na generalidade dos Serviços (89,5%), é dada oralmente, noutros Serviços (56,2%) são utilizados materiais de informação escritos, e, ainda, sendo apenas 10,4% dos Serviços que utilizam vídeos adequados aos grupos alvo. Em apenas 1 Serviço também são utilizados desenhos como recurso para melhor compreensão das informações prestadas.

Por seu turno, todos os Serviços afirmaram prestar informações às crianças e aos adolescentes. No entanto, e partindo da recolha de informação a cerca de 48 Serviços, em relação a qual será a idade a partir das quais são dadas informações às crianças, a resposta mais frequente é a *“partir de qualquer idade, de acordo com o nível de compreensão da criança/jovem”*. Uma vez mais, dá-se importância à capacidade de discernimento do menor enquanto fator predominante na sua atuação ao nível dos tratamentos médicos.

Relativamente ao conteúdo do dever de informação a considerar-se suficiente, consideramos como fundamentais as normas dos artigos 157.º do Código Penal, artigo 5.º da CEDH Bio, e do artigo 44.º n.º 1 e 4 do CDOM.

²⁹⁹ Cfr., Guilherme de Oliveira - O consentimento informado no direito português. Coimbra : Coimbra, 2008, pág. 67.

³⁰⁰ Cfr., Anexo A, pág. 6 e ss.

Sintetizando o conteúdo fornecido por estas normas, elencaríamos os seguintes pontos a abordar pelo médico durante o momento da informação: *diagnóstico* (informação sobre a situação clínica atual); informações sobre o *tratamento proposto* (“*objetivo*” e “*natureza*” da intervenção – cfr. artigo 5.º da CEDH/Bio) acompanhado da justificação da preferência por tal tratamento; efeitos secundários e *riscos* do tratamento (pelo menos os graves e frequentes³⁰¹); *prognóstico* (incluindo evolução provável e possibilidades de sucesso³⁰²); *alternativas* de tratamento; *consequências da recusa* de tratamento³⁰³.

A informação prestada pelo médico deverá ser efetuada segundo uma linguagem corrente e perceptível. Só assim a *mensagem* é recebida pelo paciente (titular do direito à informação) de uma forma apropriada. Pretende-se que seja traçado um diálogo entre o médico e o paciente para esclarecer dúvidas e anseios, pelo que o médico deverá cultivar e cativar a confiança do paciente. Este dever de colaboração entre pacientes e médicos está previsto na Lei de Bases da Saúde na Base XIV, n.º 2 alínea c)³⁰⁴, no artigo 81º alínea a) do Estatuto Hospitalar³⁰⁵, na Declaração dos Direitos dos Pacientes (Organização Mundial de Saúde)³⁰⁶ e nos pontos 6 e 8 da Carta dos Direitos e Deveres dos Doentes³⁰⁷, que resulta da Constituição da República Portuguesa, da Lei de Bases da Saúde e do Estatuto Hospitalar.

A norma fundamental no ordenamento jurídico português, relativa ao dever de esclarecimento está consagrada no artigo 157º do Código do Penal, o qual prevê que, “o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico, a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da

³⁰¹ Desenvolvidamente, sobre a questão da informação sobre os riscos, *máxime*, os graves mas raros - ver André Dias Pereira – O consentimento informado na relação médico-paciente : estudo de direito civil. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 394 e ss;

³⁰² É de lembrar, a este propósito, o artigo 44.º n.º 5 do CDOM, que nos diz que a informação deve, sempre que possível, ser feita “*em função dos dados probabilísticos*”.

³⁰³ Para uma proposta de tópicos para a informação, ver ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE - Consentimento Informado : Relatório Final. Porto : Entidade Reguladora da Saúde, 2009, pág. 22-23.

³⁰⁴ Vide Base XIV, n.º 2, al. c), da Lei de Bases da Saúde: “Colaborar com os profissionais de saúde em relação à sua própria situação”.

³⁰⁵ Cfr. artigo 81º alínea a) do Estatuto Hospitalar, Decreto 48357 de 27 de Abril de 1968, “colaborar com os médicos e pessoal de assistência no estudo e tratamento da sua doença, cumprindo as prescrições e sujeitando-se à terapêutica que lhe for instituída (...)”.

³⁰⁶ A declaração dos direitos dos pacientes (Organização Mundial de Saúde, 1994) refere que: “a informação sobre os serviços de saúde e a sua correta utilização deve ser colocada à disposição do público para que todos os interessados dela beneficiem”, e, ainda, que: “os pacientes têm o direito de ser totalmente informados do seu estado de saúde, incluindo os dados médicos que a eles dizem respeito; dos atos médicos considerados, com os riscos e vantagens que comportam, e das possibilidades terapêuticas alternativas, incluindo os efeitos de uma ausência de tratamento; e do diagnóstico e progressos do tratamento”

³⁰⁷ Cfr. Carta dos direitos e deveres dos doentes, especificamente o ponto 6: “O doente tem direito a ser informado sobre a sua situação de saúde”, e o ponto 8: “O doente tem direito a dar ou recusar o seu consentimento, antes de qualquer ato médico ou participação em investigação ou ensino clínico”.

intervenção ou tratamento [...]”. Esta norma deverá ser analisada cuidadosamente por gerar dificuldades de aplicação, pelo que se deve analisar, casuisticamente, de modo a alcançar qual a melhor forma de esclarecer o paciente tendo em conta as suas características.

Resumidamente, as informações devem ser fornecidas tendo em conta o paciente concreto, a sua capacidade, formação e, ainda, o tratamento médico a que será submetido. Assim como a quantidade da informação; ainda que não se encontre pré-estabelecida, esta deverá estar intimamente relacionada com a gravidade da doença, quais as consequências que advém do tratamento e o perfil do paciente.

As informações prestadas devem ser simples, utilizando vocabulário compreensível e não técnico-científico, muitas das vezes incompreensível para o doente, contendo somente as informações essenciais à tomada de decisão³⁰⁸, habilitando o paciente a compreender o seu sentido e alcance de maneira a que possa consentir livremente, tendo em conta todas as condições que o tratamento ou intervenção possa causar³⁰⁹.

Não esqueçamos que apesar da necessidade de inteligência, capacidade e discernimentos suficientes para tomar uma decisão, estamos defronte de um menor e como tal, não podemos exigir que o mesmo entenda termos demasiadamente técnicos e rebuscados ou explicações demasiado complexas. Há que predominar a simplicidade usando expressões acessíveis, compreendidas pelo cidadão comum, já que estamos perante um individuo que poderá não ter conhecimentos suficientes para compreender conceitos demasiado técnicos.

O consentimento informado não é, nem pode ser visto, como uma mera formalidade, pois, para além de ser uma responsabilidade moral, ética e profissional do médico, servirá para consciencializar o paciente do seu estado presente e futuro, dando-lhe a hipótese de efetuar a escolha mais correta para o seu estado de saúde³¹⁰. Assim, o consentimento não requer qualquer formalismo especial para ser eficaz, basta que o

³⁰⁸ Exceto nos casos em que o paciente tenha problemas específicos, como diabetes, alergias, entre outros, ou mesmo devido à sua profissão ou interesses.

³⁰⁹ Cfr. João Vaz Rodrigues – O consentimento informado para o ato médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente). Coimbra : Coimbra Editora, 2001, pág. 241-243.

³¹⁰ Cfr. João Vaz Rodrigues – O consentimento informado para o ato médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente). Coimbra : Coimbra Editora, 2001, pág. 246.

resultado seja espectável com a autodeterminação do indivíduo, claro e inequívoco, podendo ser revogado até à execução do facto³¹¹.

A importância da informação assenta essencialmente na ideia segundo a qual, ninguém poderá prestar o seu consentimento, e desse modo, formular a sua convicção para a realização de um ato médico quando não está a par de todos os elementos que verdadeiramente comportam esse ato. Mais ainda, quando esse consentimento é prestado por um menor.

É, assim, coerente a ideia de que, para se obter um consentimento é necessário que, da parte do médico, exista uma sólida, eficiente e completa informação. Para tal, é importante estabelecer-se uma relação clínica saudável relação, de modo a que o médico procure cativar a atenção e criar empatia com o menor, para que de um modo simples e claro possa compreender a informação que lhe é transmitida.

Tal como nos restantes casos, da informação prestada deve constar uma descrição sobre os métodos a desenvolver e aplicar, e sobre a condição clínica ou sobre a doença. O médico deve, ainda, enunciar qual o propósito do tratamento a administrar ou intervenção, e os resultados obtidos, devendo comunicar quais os riscos, benefícios e alternativas, bem como quais os efeitos e as implicações que do tratamento advém.

3.2.2.2. O DEVER DE ESCLARECIMENTO

Sendo a medicina uma atividade de risco, o dano sucede com frequência e este surge algumas das vezes, independente da negligência praticada pelo médico ou da instituição hospitalar. Afirmando o primado da dignidade humana, impondo, dessa forma, um princípio da autodeterminação e do respeito pelo paciente, - mais concretamente pela integridade física e moral deste -, só o consentimento devidamente esclarecido permite que se transfira para a esfera do paciente os referidos riscos que, de outro modo, devem de estar a cargo do médico. Só o ser humano tem a liberdade de escolher e decidir o que é melhor para si, para a sua saúde e para o seu corpo.

³¹¹ Cfr. Artigo 38º n.º 2 do Código Penal; e Cfr. Jorge de Figueiredo Dias - Direito penal, parte geral : questões fundamentais : a doutrina geral do crime. Coimbra : Coimbra Editora, 2004. T. 1, pág. 452-453.

O dever de esclarecimento médico é um dever deontológico (artigo 38.º do CDOM) e um dever legal (artigo 157.º do Código Penal), e condição essencial ao regular exercício da autodeterminação.

O esclarecimento é, antes de mais, expressão da mesma relação fiduciária médico-paciente que funda também o dever de sigilo médico (artigo 67.º e seguintes do CDOM). Trata-se na expressão do artigo 157.º do Código Penal, de uma informação plena “sobre o diagnóstico, a índole, o alcance, a envergadura e as possíveis consequências da intervenção ou do tratamento”, e ainda, sobre a necessidade do tratamento, a existência de meios alternativos, e sobre qualquer outro elemento que, no caso, se considere de relevância.

A medida do esclarecimento depende da pessoa do paciente, da sua capacidade de juízo e entendimento, e dependerá também da natureza do tratamento, sendo dispensável o esclarecimento mais detalhado e pormenorizado em tratamentos rotineiros (como as injeções periódicas), ou em casos em que o paciente saiba já o suficiente para que se possa decidir.

O artigo 40.º do CDOM permite, no seu n.º 1, que o médico possa não revelar ao doente o prognóstico e o diagnóstico, “por motivos que em sua consciência julgue ponderosos”, e prescreve, no n.º 2, que “um prognóstico fatal só possa ser revelado ao doente com as precauções aconselhadas pelo exato conhecimento do seu temperamento, das suas condições específicas e da sua índole moral”, estabelecendo-se que esse prognóstico fatal “em regra deve ser revelado ao familiar mais próximo que o médico considere indicado, a não ser que o doente o tenha previamente proibido ou tenha indicado outras pessoas a quem a revelação deva ser feita”.

Também o artigo 157.º do Código Penal afasta o dever de esclarecimento “se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida e seriam suscetíveis de lhe causar grave dano à saúde, física e psíquica” ⁽³¹²⁾ ⁽³¹³⁾.

³¹² Cfr., Manuel da Costa Andrade - Anotação ao artigo 157.º - In Jorge Figueiredo Dias dir. - Comentário Conimbricense ao Código Penal – parte especial. Coimbra : Coimbra Editora, 2012. T. 1, pág. 639.

³¹³ Consagra-se, assim, o que se denomina de *privilégio terapêutico*, permitindo-se o afastamento, ou a relativização, do dever de esclarecimento, quando este dever entre em conflito com a vida ou a saúde do paciente.

Este privilégio terapêutico verá a sua concretização mais extrema em casos terminais, nos quais o paciente poderia dissentir, se soubesse que o tratamento proposto iria apenas tornar o seu sofrimento mais tolerável, sendo a morte todavia inevitável.

Tal declaração elaborada pelo paciente traduz-se na consciencialização de que este é portador de direitos e de uma vontade e, por isso, a terapia tem que ser partilhada entre o doente e o médico. Acontece que o consentimento só pode ser válido se houver boa comunicação e compreensão entre os intervenientes. Desta forma, há que informar o paciente, através de uma linguagem acessível de compreender, sobre os riscos mais prováveis de ocorrência de complicações.

O consentimento só deverá ser tido em conta se o sujeito/doente tiver capacidade para compreender a informação material, se tiver capacidade de fazer um julgamento sobre essa informação, de elaborar mentalmente uma resposta concisa e de comunicar livremente o seu desejo ao médico.

Neste ponto, analisaremos o direito à informação adequada e necessária para o paciente poder consentir ou recusar uma determinada intervenção médica, ou, por outras palavras, para que o paciente possa escolher entre as possíveis alternativas que lhe sejam apresentadas. Ou seja, o esclarecimento de que aqui tratamos é o chamado esclarecimento para a autodeterminação.

O esclarecimento para autodeterminação distingue-se do chamado esclarecimento terapêutico que tem em vista “afastar os medos e preocupações do doente, reforçar a sua atitude e o seu apoio à terapia e acautelá-lo contra os perigos em que ele próprio pode incorrer com condutas contraindicadas pela terapia.”³¹⁴ Vale não como pressuposto da liberdade pessoal, mas sim como exigência dos deveres objetivos de cuidado, das *leges artis* da medicina, tendo em vista a tutela da integridade físico-psíquica e/ou a vida.³¹⁵

O esclarecimento terapêutico consiste na comunicação de todas as informações necessárias para que o paciente cumpra devidamente uma prescrição ou se prepare para uma intervenção diagnóstica ou curativa. Pode envolver aconselhamento acerca de medidas que deve tomar (por exemplo, fazer ginástica ou não se submeter a determinados esforços físicos que possam pôr em causa a sua recuperação) ou os atos que deve evitar (tal como conduzir o automóvel em virtude de um problema cardíaco

No entanto, esta cláusula merece algumas críticas do ponto de vista da sua aplicação: não só deixa à discricionariedade médica mais absoluta a definição da medida do esclarecimento, como permite, que possa ocorrer, em certas circunstâncias, a irresponsabilização pela violação do dever de esclarecimento.

³¹⁴ Cfr., Manuel da Costa Andrade – Consentimento e acordo em direito penal. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 415.

³¹⁵ Cfr., Manuel da Costa Andrade - Consentimento e acordo em direito penal. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 415.

grave). É muito relevante também o esclarecimento relativamente à medicação: o médico tem o dever de informar o paciente acerca da dose, efeitos secundários e reações adversas e quanto mais agressivo o fármaco for, mais deve o doente ser informado.

No esclarecimento para a autodeterminação estamos perante a informação que o médico deve dar previamente a qualquer intervenção médica, em ordem a permitir uma livre decisão do paciente, de modo a dar cumprimento ao princípio da autonomia da pessoa humana.

Também a este propósito surge a Organização Mundial de Saúde (*World Health Organization (WHO), Regional Office for Europe, 1995*), como forma de reforço da criação de condições que tomem mais efetiva uma deontologia do doente, por forma a garantir uma promoção dos seus direitos. Este organismo refere-se, de entre outras coisas, a legislação ou regulamentação, especificando os direitos, competências e responsabilidades dos pacientes, profissionais de saúde e instituições de cuidados de saúde, bem como a códigos profissionais e médicos³¹⁶.

O dever de esclarecer está previsto em várias normas de direito português. Fazendo uma seleção de apenas algumas delas, o paciente deve ser esclarecido sobre:

- a) – “ [...] Objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e aos seus riscos” (artigo 5.º do CDHB);
- b) – “ [...] O diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento” (artigo 157.º do Código Penal);
- c) – “ [...] A sua situação, as alterações possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado” (Base XVI, n.º 1, Lei de Bases da Saúde);
- d) – “ [...] A sua situação de saúde” (artigo 5 n.º 1, alínea f) do Decreto-Lei n.º 60/2003, de 01 de Abril (Cuidados de saúde primários);

³¹⁶ Cfr., Maria do Céu Rueff - O segredo médico como garantia de não discriminação. Estudo de caso: HIV/Sida. Coimbra : Coimbra Editora, 2009, pág. 631 e ss.

Existem ainda outros diplomas de teor mais especializado em que a lei apresenta redações um pouco diferentes, de sentido mais rigoroso, para intervenções mais arriscadas ou não terapêuticas.

- a) - A Lei n.º 46/2004, de 19 de Agosto, aprova o regime jurídico aplicável às realizações de ensaios clínicos com medicamentos de uso humano, e o artigo 6.º impõe o dever de informar sobre “[...] os objetivos, os riscos e os inconvenientes do ensaio, bem como as condições em que este será realizado [...]”.
- b) – O artigo 19.º n.º 5 da Lei 12/2005, de 26 de Janeiro afirma: “O consentimento informado escrito é necessário para a obtenção e utilização de material para um banco de produtos biológicos devendo termo de consentimento incluir informações sobre as finalidades do banco, o seu responsável, os tipos de investigação a desenvolver, os riscos e benefícios potenciais, as condições e a duração do armazenamento, as medidas tomadas para garantir a privacidade e a confidencialidade das pessoas participantes e a previsão quanto à possibilidade de comunicação ou não de resultados obtidos com esse material”.
- c) – O regime jurídico da colheita e transplante de órgãos e tecidos está previsto na Lei n.º 22/2007, de 29 de Junho, cujo artigo 7.º prescreve: “O médico deve informar, de modo leal, adequado e inteligível, o dador e o recetor dos riscos possíveis, das consequências da dádiva e do tratamento e dos seus efeitos secundários, bem como dos cuidados a observar ulteriormente”.
- d) – A Lei sobre a procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006, de 31 de Julho), no artigo 14.º n.º 2 afirma “ [...] devem os beneficiários ser previamente informados, por escrito, de todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA (procriação medicamente assistida), bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas”.

Perante o vasto leque que existe de formulações legais e uma aparente falta de coerência sistemática, optamos por referenciar um elenco do conteúdo do dever de informar, com base na lei e na doutrina.³¹⁷

³¹⁷ Para mais desenvolvimento, Cfr., André Dias Pereira – O consentimento informado na relação médico-paciente : estudo de direito civil. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 396-443.

Assim, em síntese, o paciente deve ser esclarecido: acerca do diagnóstico e o estado de saúde, meios e fins de tratamento; prognóstico, natureza do tratamento proposto, consequências secundárias do tratamento proposto, riscos e benefícios do tratamento proposto, em especial - dos já referidos - riscos frequentes e riscos graves (estes quando corresponder a tratamentos urgentes e intervenções complexas), as alternativas ao tratamento, bem como os riscos e consequências secundárias do tratamento alternativo, as consequências da recusa de tratamento, e por fim, os aspetos económicos do tratamento.

3.3. O DISSENTIMENTO

3.3.1. A RECUSA DE TRATAMENTO PELO MENOR

Se consideramos ser permitido aos menores o poder de consentir, então, do mesmo modo, terá de lhes ser permitido a faculdade de recusarem um tratamento ou intervenção. Ao invés, se assim não sucedesse, o direito de tomar decisões centrar-se-ia na concordância com a prática médica. Este entendimento prende-se, essencialmente, com a ideia ultrapassada de paternalismo médico, não existindo legalmente nenhum preceito que legitime o médico a submeter o doente a um tratamento ou intervenção contra a sua vontade, exceto, nas situações relacionadas com saúde pública, doenças ou epidemias, desde que para isso esteja em causa a preservação da sua vida.

No âmbito dos direitos fundamentais, reconhece-se um direito à recusa de tratamentos médicos que se funda quer na liberdade de consciência (artigo 41.º n.º 1 da Constituição), quer no direito à integridade física e moral (artigo 25.º n.º 1 da Constituição), quer ainda na liberdade religiosa (artigo 41.º da Constituição).

O dissentimento pode surgir como manifestação perante propostas de informação, de intervenção para diagnóstico, ou prognóstico, ou para terapia, e, após o consentimento, como revogação dessa vontade manifestada, embora deva estar sempre presente o dever geral do médico de intervir, através dos seus deveres de informação e esclarecimento, quando está defronte uma recusa do paciente. Não esqueçamos, porém, que essa informação deverá ser adequada quando permita extrair-se o

esclarecimento do paciente, mas o dissentimento, por si só, pode suscitar dúvidas sobre se foi proferido em termos esclarecidos³¹⁸.

Uma situação onde o consentimento oferece especificidades é a que respeita aos menores. Segundo o entendimento traçado por João Vaz Rodrigues, o médico deverá, primeiramente, “apurar se o menor tem o «discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance» da sua decisão [...] atendendo à doutrina contida no artigo 38.º n.º 3 do Código Penal. A averiguação da maturidade confere legitimidade e eficácia àquela manifestação de vontade do menor, igualmente quando se destine a justificar uma intervenção médica”³¹⁹.

Mas estará o médico sub-rogado à decisão do menor, tal como se fosse um adulto? Para o Autor, a análise do problema passa pela distinção entre duas realidades: as medidas que envolvem o consentimento e o dissentimento são distintas³²⁰. Para João Vaz Rodrigues, “no consentimento, as informações visam dissipar dúvidas e confirmar a atuação proposta. No dissentimento, estando em causa a mesmíssima intervenção, acentuam-se os cuidados a ter com a manifestação de vontade e a decisão do médico poderá ser diferente da tomada pelo paciente, se concorrerem para a relação outros valores despertados pela recusa”³²¹.

Mesmo naquelas situações em que a recusa do menor capaz não se afigura conforme com a orientação do médico, ou até mesmo naquelas situações em que a decisão dos pais contrapõem-se à do médico, este “será provavelmente investido na responsabilidade da decisão. E esta será tomada levando em consideração a prossecução dos melhores interesses dos pacientes”³²².

Embora em certa medida, esta consideração seja merecedora do nosso apoio, por compreendermos a posição do médico no que corresponde à defesa e prossecução dos interesses e do bem-estar da vida dos seus pacientes como expoente máximo na sua atividade enquanto profissional de saúde, não podemos concordar em absoluto. Isto porque, esta orientação situa-se não só no plano da capacidade do menor, mas, antes,

³¹⁸ Cfr., João Vaz Rodrigues - O Consentimento informado para o ato médico ... pág. 355.

³¹⁹ Cfr., João Vaz Rodrigues - O consentimento informado para o ato médico ... pág. 358.

³²⁰ Cfr., João Vaz Rodrigues - O consentimento informado para o ato médico ... pág. 358.

³²¹ Cfr., João Vaz Rodrigues - O consentimento informado para o ato médico ... pág. 359.

³²² Cfr., João Vaz Rodrigues - O consentimento informado para o ato médico ... pág. 360.

com as cautelas que se caracteriza, em que a decisão do menor é contraposta à orientação considerada pelo médico, que segundo este, será, à partida, a mais acertada.

Por conseguinte, a posição do Autor, vai no sentido de que o médico não deve ser censurado “se não atender ao dissentimento do menor, quando entenda a atuação médica como essencial e fundamental para garantir o bem-estar deste, ainda que, tenha aquele que seguir um critério preponderante, procedendo à aferição da maturidade do menor, bem como, não deixará de atender à justificação que este apresente para o dissentimento”³²³.

Mas, pode ocorrer, que a recusa possa ser uma decisão consciente de não querer prosseguir com um determinado tratamento por não ser esse do seu melhor interesse. Nestes casos, como resolver a questão? Pode a recusa ser tão eficaz quanto o seu consentimento? Por via legal, os menores dotados de capacidade para consentir com 16 anos e com o “discernimento para avaliar o sentido e alcance do consentimento no momento em que o presta”³²⁴, também devem ser considerados capazes para dissentir? Desde que consigam compreender o alcance, a natureza e os efeitos que a recusa do tratamento tenha na sua saúde?³²⁵.

O entendimento de Geraldo Rocha Ribeiro, é o de que “preenchidos os dois requisitos – idade e capacidade de discernimentos - a criança é “plenamente competente para consentir”, ou seja, tem a faculdade de se emancipar do cuidado dos pais e “decidir sozinha e pessoalmente sobre a realização, ou não, da intervenção ou realização de um determinado ato médico”³²⁶.

E se se verificar estes dois requisitos, e o menor devidamente informado acerca da doença que padece, demonstrar ter capacidade para compreender todas as implicações

³²³ O dissentimento é tomado em conta independentemente da incapacidade do paciente que o manifeste, se houver oposição à experimentação que se pretenda prosseguir no incapaz (Cfr., artigo 17.º n.º 1, alínea e) da CDHB). Cfr., João Vaz Rodrigues – O consentimento informado para o ato médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente). Coimbra : Coimbra Editora, 2001, pág. 360.

³²⁴ Artigo 38.º n.º 3 do Código Penal.

³²⁵ Cfr., Geraldo Ribeiro - Quem decide pelos menores? (algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para atos médicos). Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde. A. 7 n. 14 (2010), pág. 126.

³²⁶ Cfr., Geraldo Ribeiro - Quem decide pelos menores? (algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para atos médicos). Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde. A. 7 n. 14 (2010), pág. 127.

do tratamento, poderá, ainda assim, recusá-lo³²⁷? Se o menor for competente para consentir na intervenção, por que não lhe reconhecer, de igual modo, a capacidade de recusa? Se aquele tiver “maturidade e discernimento suficientes” para compreender o tratamento e, assim, ser considerado capaz para consentir, porque não admitir também que possui a mesma capacidade, a mesma aptidão, a mesma maturidade e discernimento, quando toma a decisão de não consentir? Não seria um pouco incoerente, de um lado, atribuir-lhe capacidade para consentir, e do outro retirar-lhe competência para recusar? Não estaríamos a “dar com uma mão, e a tirar com as duas”, criando, desta forma, uma falsa noção de autonomia?

Por muito impensável que nos possa parecer um menor recusar-se a submeter a uma intervenção ou cuidado médico de cariz terapêutico, crucial para a sua saúde e para a sua vida, a verdade é que pelo entendimento que temos vindo a defender não lhe poderemos atribuir outro desfecho. Se o menor pode prestar o seu consentimento informado e entender todos os atos a que a ele respeita, porque se encontra em condições de exercer o seu direito de liberdade pessoal e autodeterminação, então, da mesma forma, também será capaz de se recusar a um tratamento de que deve ser sujeito.

Ainda que consideremos com André Teixeira dos Santos, que “o consentimento e a recusa não são duas faces da mesma moeda”³²⁸, não podemos aceitar que ao paciente menor apenas lhe seja atribuída a hipótese de consentir e não de dissentir.

Por seu turno, e em sentido oposto, o Autor declara que “o legislador partiu do princípio de que o menor é um incapaz na aceção de que não goza de maturidade suficiente para exercer na sua plenitude, por si só, todos os seus direitos, precisando de ser assessorado pelos seus representantes legais”, e que por isso, não se pode “correr o risco de colocar nas mãos do menor, independentemente do grau de maturidade que efetivamente tenha, a possibilidade de este decidir não ser submetido a um ato que lhe será, em princípio, benéfico com repercussões ao nível de toda a sua vida se não for levado a cabo”³²⁹.

³²⁷ Note-se que a recusa, tal como o consentimento, tem de ser informada. O doente tem de compreender todas as consequências do não tratamento. Tem, ainda, de compreender que a recusa levará, possivelmente, à deteriorização da sua saúde e que há o risco de nunca recuperar.

³²⁸ Cfr., André Teixeira dos Santos – Do consentimento dos menores para a realização de atos médicos terapêuticos. *Revista do Ministério Público*. N. 118 (Abril-Junho de 2009), pág. 153.

³²⁹ Cfr., André Teixeira dos Santos – Do consentimento dos menores para a realização de atos médicos terapêuticos. *Revista do Ministério Público*. N. 118 (Abril-Junho de 2009), pág. 152.

Não obstante a apreciação que concebemos ser capaz de originar situações distintas, pensamos que, havendo maturidade para tal, o poder de veto é incindível do poder de consentir, sendo esta a única forma de atribuir a devida relevância aos direitos das criança e dos jovens.

No caso dos menores de idade, consideramos que a estes deve ser assegurada a possibilidade de escolher o certo do errado, se para isso estiverem aptos, como manifestação da sua liberdade de autodeterminação do próprio corpo. Mas não só: é, igualmente importante a existência de capacidade, auto-responsabilização, auto-governo e autonomia nas suas escolhas segundo os seus melhores interesses. Comprovada a maturidade do jovem em causa para decidir por si mesmo e formular um consentimento informado, é igualmente necessário reconhecer a sua recusa igualmente informada³³⁰.

Acreditamos, por isso, que seria pouco razoável, não permitir que o menor dotado de toda a sua capacidade, não pudesse recusar ou fazer cessar um tratamento que está a realizar, e que apenas lhe traz sofrimento e dor. Exemplo disso seria a recusa do tratamento de quimioterapia por um doente menor que padecesse de cancro³³¹.

Em tudo isto se traduz com André Dias Pereira, que “se o menor for capaz de compreender o alcance, a índole e as consequências da intervenção e da recusa de tratamento, de forma a que se deva considerar capaz para consentir, deve ser capaz para dissentir. De outro modo, toda a tese da capacidade para consentir e a afirmação da autonomia do menor seria, no mínimo, funcionalizada em relação a um critério heterónimo do que sejam os “melhores interesses” do “menor maduro”³³².

Assim, se o menor tem a capacidade para prestar o seu consentimento informado e entender todos os atos que nele advém e que estão implícitos, encontrando-se igualmente em condições de exercer o seu direito de liberdade pessoal e autodeterminação, então, também será possível conceder-lhe a capacidade para recusar um tratamento de que será submetido. E daí não deve ser imputada ao médico

³³⁰ No mesmo sentido, Geraldo Rocha Ribeiro - Quem decide pelos menores? (algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para atos médicos). *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. A. 7 n. 14 (2010), pág. 126.

³³¹ Cfr., André Dias Pereira – O consentimento informado na relação médico-paciente : estudo de direito civil. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 321.

³³² Cfr., André Dias Pereira – O consentimento informado na relação médico-paciente : estudo de direito civil. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 321.

qualquer responsabilidade que da falta de tratamento advenha, por mais insensata que a posição do paciente lhe pareça.

Uma outra objeção por parte dos menores é aquela que é manifestada contra a presença de um progenitor ou de qualquer outra visita nas situações de internamento. Nestes casos, o direito a que a sua vontade seja atendida deve prevalecer, salvo em situações devidamente justificadas e analisadas pelo Diretor de Serviço, pelo Serviço Social e pela Comissão de Ética para a Saúde³³³.

Diferentemente, são os casos de emergência em que o menor está, provisoriamente, incapacitado para expressar a sua vontade, seja para demonstrar o seu consentimento ou a sua recusa, e desse modo possa causar um dano grave para a sua saúde, suscetível de colocar em risco a sua vida. A ser assim, deverá o médico prestar auxílio e atuar segundo as regras deontológicas próprias do exercício da profissão cujo objetivo é garantir a proteção e o respeito pelo direito à proteção da saúde das pessoas e da comunidade. Em situações limite como esta, deve-se atender a um critério de escolha e ponderação, uma vez que se trata de um conflito de valores e de interesses. Nestes casos, e desde que seja temporariamente possível, cabe ao médico chamar os pais a colaborar no esclarecimento e na formação da vontade hipotética do menor.

A atitude a tomar será assumida no melhor interesse do paciente, envolvendo nas decisões a direção/coordenação da unidade de saúde ou a chefia da equipa, bem como a Comissão de Ética para a Saúde. Se, por ventura, as intervenções forem efetivadas contra a vontade do menor, obrigam a uma justificação fundamentada feita por escrito no processo clínico e de cujo teor deve ser dado conhecimento prévio ao Diretor Clínico ou equivalente. De igual modo deve ser dada uma explicação adequada ao próprio menor³³⁴. Em todo o caso, o médico deve de atuar segundo as *legis artis*, atendendo a critérios éticos e deontológicos, agindo de modo a acautelar o aparecimento de situações gravosas para a integridade física e vida do menor, devendo dar prevalência à última *ratio* que é garantir o bem-estar e os interesses do menor.

³³³ Estes entendimentos foram acolhidos no debate realizado no “Seminário sobre o consentimento informado e o papel das comissões de ética para o seu correto uso” organizado em 30/09/2009 pelas Comissões de Ética para a Saúde da região norte, Administração Regional de Saúde do Norte, Cfr Administração Regional de Saúde do Norte – Documento - guia sobre consentimento informado, 2009, págs. 3 e ss.

³³⁴ Cfr., “Seminário sobre o consentimento informado e o papel das comissões de ética para o seu correto uso” organizado em 30/09/2009 pelas Comissões de Ética para a Saúde da região norte, pág. 4 e ss.

Destarte, fora estes casos, cremos que os menores devem poder recusar tratamentos da mesma forma que podem neles consentir, provando ter maturidade suficiente para compreender o sentido da sua decisão, e desde que atuem com plena consciência daquilo que é melhor para si, para a sua saúde e para o seu corpo³³⁵. Não esqueçamos que está aqui presente a sua capacidade cognitiva como forma de mecanismo que o menor utiliza para compreender, assimilar, relacionar e conectar-se com tudo o que o rodeia, conseguindo distinguir o bem do mal, o justo do injusto.

³³⁵ Da mesma opinião, André Dias Pereira – O consentimento informado na relação médico-paciente : estudo de direito civil. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 321.

4. INCAPACIDADE DO MENOR E MODO DE SUPRIMENTO DESSA INCAPACIDADE DE EXERCÍCIO

4.1. LIMITAÇÕES À CAPACIDADE DE EXERCÍCIO: O MENOR ENQUANTO INCAPAZ PARA PRESTAR CONSENTIMENTO

Chegado a este ponto partimos da análise das situações em que o menor, pela sua idade, ou falta de maturidade, não apresenta condições para prestar o seu consentimento informado de forma válida. Assim, seguir-se-á o regime geral da representação legal.

Nos casos de total incapacidade do menor, as responsabilidades parentais devem atuar no seu máximo potencial, procurando assegurar o superior interesse da criança³³⁶, ou seja, cabe aos progenitores prestarem o consentimento informado.

Em bom rigor, trata-se de uma autorização que os pais prestarão e não tanto um consentimento. Este verdadeiramente só pode ser prestado pelo menor e não em seu nome. Aqui, a faculdade de os progenitores decidirem pelo menor, não se centra no direito de autodeterminação do paciente, mas antes no poder-dever de velar pela saúde do seu filho³³⁷. Nestes casos, não haverá propriamente uma atuação dos representantes legais, mas antes uma substituição necessária pela falta de capacidade do menor para expressar a sua vontade.

A autoridade aqui levada a cabo pelos representantes legais ou tutores, só pode ser usada em benefício do menor e em proveito deste enquanto zeladores dos seus direitos. Quer isto dizer que não pode existir, aqui, uma ampla liberdade dos pais sobre a saúde

³³⁶ “ A responsabilidade parental e, subsidiariamente, a tutela (artigos 124.º e 1921.º e ss do CC) são os institutos jurídicos que pretendem assegurar o *cuidado* da criança e suprir a sua incapacidade – obrigação de cuidado parental. Deste modo, a responsabilidade parental está, na sua essência, centrada no cuidado da criança, figurando-se como uma instituição altruísta [...].

Consubstancia-se, assim, a responsabilidade parental num conjunto de poderes-deveres funcionalizados aos interesses dos filhos, sendo nesta função que o seu exercício se define e se determina. Pretende, portanto, responder à necessidade de salvaguarda do interesse da criança nas amplas áreas da sua atuação, quer nas relações jurídicas com outros sujeitos de direitos, quer no caminho para a sua autonomia pessoal, promovendo e protegendo o seu desenvolvimento físico, moral e intelectual”. Cfr., Geraldo Rocha Ribeiro - Quem decide pelos menores? (algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para atos médicos). *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. A. 7 n. 14 (2010), pág. 118 e 119.

Uma outra manifestação deste conceito indeterminado surge a propósito dos princípios orientadores da intervenção para a promoção e proteção dos direitos da criança e do jovem em perigo. Cfr., Artigo 4.º, alínea a) da Lei de proteção de crianças e jovens em perigo.

³³⁷ Cfr., Rosa Cândido Martins - A criança, o adolescente e o ato médico. O problema do consentimento. IN FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA - *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*. Coimbra : Coimbra Editora, 2004. V. 1, pág. 813.

e vida do menor incapaz. Como considera Geraldo Rocha Ribeiro, “em primeira linha encontram-se vinculados à vontade e estrutura de valores entretanto manifestados dentro da sua capacidade de discernimento – superior interesse subjetivo da criança – e, na eventualidade de não se poderem determinar com clareza, os mesmos terão de pautar o exercício dos seus poderes pela prossecução do “superior interesse da criança” no seu sentido objetivo. Este interesse releva em dois momentos: quando legitima a limitação das responsabilidades parentais e quando define e fundamenta a decisão de terceiros em favor da criança”³³⁸.

No entanto, nem sempre os pais se sentirão aptos para conseguirem encontrar qual a melhor solução para o seu filho. Essa conduta poderá algumas das vezes estar condicionada por algum fator que os impeça de levar sempre em consideração o superior interesse e bem-estar do filho.

Este tem sido um problema que a prática clínica muitas vezes se depara, visto que, muitas vezes os pais poderão ter a decisão limitada a um conjunto de comportamentos, práticas ou mesmo crenças religiosas que a eles, pessoalmente, interessa. Incluem-se nestes casos, as situações de transfusões sanguíneas em descendentes de Testemunhas de Jeová. Porém, a necessidade de autorização dos pais para a prática da intervenção ou tratamento médico é uma regra que dá lugar a exceções. Uma dessas exceções prende-se com a problemática que temos vindo a desenvolver.

Assim, quando o paciente menor demonstre ser competente para prestar o seu consentimento informado para a realização de determinado ato médico, não haverá necessidade de autorização por parte dos representantes legais para a prática desse ato. Em situações em que o menor de 16 anos demonstre ter um discernimento suficiente da situação, esse fator poderá e deverá ser refletido pelo médico que, não recorrendo ao representante legal, tenha de decidir-se pela intervenção no interesse do paciente.

Todavia, esta não é a única exceção e, desse modo, os progenitores verão também limitada a sua autorização no que à saúde dos seus filhos respeita, quando se trate de uma ação do Estado no cumprimento de políticas de saúde pública e em situações de

³³⁸ Cfr., Geraldo Rocha Ribeiro - Quem decide pelos menores? (algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para atos médicos). *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. A. 7 n. 14 (2010), pág. 129.

urgência e estado de perigo do menor³³⁹. Ainda que se deva respeito à autoridade parental³⁴⁰, é mister que o âmbito de autorização dos pais é estreito quando o Estado vise dar cumprimento a políticas de saúde pública, como o caso da vacinação obrigatória e da sujeição a determinados exames para a detetação de algumas doenças ou epidemias³⁴¹.

Ora, outra das hipóteses será, as situações de urgência ou emergência médica. Nestes casos, crê-se que a ausência ou adiamento do tratamento pode acarretar perigo para a vida ou perigo grave para a saúde física do menor, nos casos em que o médico não consegue pedir ou obter atempadamente a autorização dos pais³⁴².

“A urgência faz assim “tábua rasa” da autorização dos pais em homenagem ao superior interesse da vida da criança”³⁴³. Nestes casos, a obrigação que impede sobre o médico de tratar o menor leva a que se torne lícito, o ato médico sem autorização dos pais”³⁴⁴.

No caso das emergências médicas a questão é simples, pois não seria de esperar que o médico estivesse a tentar esclarecer os responsáveis pelo menor (ou ele próprio, no caso da “maioridade especial”), sobre o diagnóstico, prognóstico e riscos de tratamento, quando a pronta e imediata assistência fosse fundamental para salvar-lhe a vida ou minimizar as consequências do mal ou a cessação da dor³⁴⁵.

³³⁹ Cfr., Rosa Cândido Martins - A criança, o adolescente e o ato médico. O problema do consentimento. IN FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA - Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977. Coimbra : Coimbra Editora, 2004. V. 1, pág. 814.

³⁴⁰ Devendo, segundo Guilherme de Oliveira, esta ser acautelada na medida do possível. Cfr., Guilherme de Oliveira - Temas de direito da medicina. 2.^a ed. aumentada. Coimbra : Coimbra Editora, 2005, pág. 231.

³⁴¹ Não esqueçamos que a própria Convenção sobre os Direitos da Criança no artigo 24.º n.º 1 “assegura o direito de todas as crianças a gozar do melhor estado de saúde possível e a beneficiar de serviços médicos, em especial, dos cuidados médicos primários”. Cfr., Cfr., Rosa Cândido Martins - A criança, o adolescente e o ato médico. O problema do consentimento. IN FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA - Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977. Coimbra : Coimbra Editora, 2004. V. 1, pág. 814.

³⁴² Cfr., Rosa Cândido Martins - A criança, o adolescente e o ato médico. O problema do consentimento. IN FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA - Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977. Coimbra : Coimbra Editora, 2004. V. 1, pág. 814.

³⁴³ Cfr., Rosa Cândido Martins - A criança, o adolescente e o ato médico. O problema do consentimento. IN FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA - Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977. Coimbra : Coimbra Editora, 2004. V. 1, pág. 815.

³⁴⁴ Cfr., André Dias Pereira - O consentimento informado na relação médico-paciente : estudo de direito civil. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 323.

³⁴⁵ Mesmo no caso de disposições de última vontade, nas quais o suicida solicita expressamente ao médico que na hipótese da tentativa não ser bem-sucedida, que este se omita de qualquer tentativa de salvamento, é concedido ao médico um benefício terapêutico, face ao consentimento presumido de quem não se opõe atualmente, uma vez que não há certeza da liberdade e atualidade da disposição anteriormente assumida, que pode ter-se alterado, quer seja pelo decorrer do tempo, ou mesmo por ter sido fortemente condicionada por vários fatores como o psicológico. Cfr., Maria Paula Ribeiro de Faria - A Lei do Sangue – ou o conflito entre o respeito pela autonomia da pessoa e a defesa da vida e da integridade física. Direito e Justiça : Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica. V. 12, t. I (1998), pág. 259-275.

O próprio Código Deontológico da Ordem dos Médicos no artigo 47.º refere explicitamente o consentimento implícito³⁴⁶. Por seu turno, José Alberto González considera tratar-se de “um assentimento que exclui a ilicitude do comportamento do médico dada a finalidade a que se dirige”³⁴⁷.

De acordo com Geraldo Rocha Ribeiro, “nas situações de *urgência*, o tempo não é um bem disponível, e as dificuldades práticas na aferição do *real* interesse superior da criança levam à decisão conformada por critérios objetivos *pro vita* ou *pro salute* que vinculam o exercício das responsabilidades parentais, independentemente do consentimento ou recusa dos pais na intervenção médica”³⁴⁸.

Assim, colocado perante estas situações, o médico deve realizar o tratamento que se revele adequado e necessário, após recorrer à via judicial, através do suprimento judicial das responsabilidades parentais, “quando se considerar que as decisões dos representantes legais são contrárias aos melhores interesses do doente, os médicos devem requerer o suprimento judicial de consentimento para salvaguardar os interesses e defender o doente”³⁴⁹. Se, com o adiamento do tratamento, causado pela tentativa de intervenção do Tribunal, seja suscetível de colocar em risco a exequibilidade da intervenção, assim como a própria saúde e vida do menor, pode o médico, nestes casos, atuar sem autorização judicial, com o objetivo de salvaguardar os interesses do menor.

Perante uma intervenção médica não típica, a falta de consentimento conduz a que o médico responda pela lesão ilícita da integridade física, que não estará justificada. No entanto, o artigo 156.º n.º 2, alínea a) do Código Penal exclui do campo da punição das intervenções arbitrárias os casos em que o consentimento “só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde” dos pacientes, casos esses, de urgência na intervenção. Note-se que estão aqui em causa, quer as situações em que não pode ser obtido em tempo útil o consentimento

³⁴⁶ “O médico deve presumir o consentimento dos doentes nos seguintes casos: a) Em situações de urgência, quando não for possível obter o consentimento do doente e desde que não haja qualquer indicação segura de que o doente recusaria a intervenção se tivesse a possibilidade de manifestar a sua vontade; b) Quando só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para a saúde; c) Quando tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente, por se ter revelado imposto como meio para evitar perigo para a vida ou perigo grave para a saúde, na impossibilidade de obter outro consentimento”.

³⁴⁷ Cfr., José Alberto González - Testamento vital e procuração de cuidados de saúde. Lisboa : Quid Juris, 2003, pág. 62 e ss.

³⁴⁸ Geraldo Rocha Ribeiro - Quem decide pelos menores? (algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para atos médicos). Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde. A. 7 n. 14 (2010), pág. 136.

³⁴⁹ Cfr., artigo 46.º n.º 6 do Código Deontológico.

do paciente, quer aquelas em que não pode ser obtido o consentimento do representante legal quando este deva intervir³⁵⁰.

Incluindo-se, ainda, os casos em que o consentimento “tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde” (artigo 156.º n.º 2, alínea b) do Código Penal), o que novamente deixa claro que em matéria de intervenções típicas se procede a uma ponderação de valores entre a integridade física, a saúde e a vida do paciente (acauteladas pela tipicidade da intervenção), e a liberdade e autodeterminação deste, como expressão da dignidade da pessoa humana.

Todavia, para além de exigir a verificação de uma situação de urgência ou de indicação médica superveniente de um tratamento diferente do consentido, o artigo 156.º n.º 2 do Código Penal requer ainda em cumulação com qualquer destas situações, que não se deva concluir com segurança o dissentimento. Para que uma intervenção médica não típica possa ser levada a cabo sem o consentimento justificante do paciente, é necessário que esse consentimento possa ser presumido³⁵¹, o que ocorrerá nos termos do artigo 340.º n.º 3 do Código Civil, quando a situação permita, com uma margem mínima de razoabilidade, supor que o paciente, conhecendo as circunstâncias, teria prestado o seu consentimento, devendo a intervenção ser praticada no interesse do lesado.

Nas palavras de André Dias Pereira, “para efeitos de direito civil, o médico deve realizar todos os esforços para se inteirar da *vontade hipotética do paciente*, e só se poder valer desta causa de justificação quando a intervenção vise satisfazer um interesse do paciente”³⁵². A justificação legal para a decisão médica encontra-se no instituto do consentimento presumido, nos casos em que o paciente está inconsciente ou por outra razão incapaz de consentir³⁵³. A lei penal portuguesa positivou estes casos, nos artigos

³⁵⁰ As situações de urgência impõe ao médico um dever de tratamento, nos termos dos artigos 8º e 35.º do Código Deontológico, dever esse que decorre igualmente da lei penal e cuja violação configura o crime do artigo 284.º do CP.

³⁵¹ Sobre questão do consentimento presumido, *vide* Manuel da Costa Andrade – Consentimento e acordo em direito penal. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 117 e ss.

³⁵² Cfr., André Dias Pereira - O consentimento informado na relação médico-paciente : estudo de direito civil. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 498.

³⁵³ No entanto, “o recurso ao consentimento presumido só é admissível quando a intervenção médica for absolutamente *inadiável*”, Cfr., André Dias Pereira - O consentimento informado na relação médico-paciente : estudo de direito civil. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 496.

39.º do Código Penal e, no caso de intervenções terapêuticas, no artigo 156.º n.º 2³⁵⁴ onde procurou definir a área de tutela da liberdade de dispor do corpo e da vida.

Perante as situações de urgência³⁵⁵, Geraldo Rocha Ribeiro³⁵⁶ atribui uma divisão. Para o Autor, importa, verificar, de modo mais preciso, se se trata de uma *situação urgente de perigo, emergente de perigo* ou de *simples perigo*. O que releva neste caso será o facto de a criança se encontrar numa situação de perigo quanto ao seu bem jurídico vida, integridade física e saúde, e não o tipo de intervenção médica em causa.

A este propósito assume particular destaque um diploma legal: a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo³⁵⁷ (Lei n.º 147/99 de 01 de Setembro). Esta Lei funda-se no princípio de que as crianças e jovens são “atores” sociais, cuja proteção deve ser sinónimo de promoção dos seus direitos individuais, económicos, sociais e culturais.

A intervenção junto de crianças e jovens que se encontram em situações de risco para a segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento, é legitimada, desde logo, pelo artigo 69.º da Constituição³⁵⁸.

Segundo o artigo 3.º n.º 2, alíneas e) e f) da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo³⁵⁹, o menor encontra-se em perigo, quando “está sujeito, de forma direta ou indireta, a comportamentos que afetam gravemente a sua segurança ou o seu equilíbrio emocional; assume comportamentos ou se entrega a atividades ou consumos que afetem gravemente a sua saúde, segurança, formação, educação ou desenvolvimento,

³⁵⁴ Esta norma legitima a intervenção sem consentimento, quando este “a). Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; e não se verifiquem as circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado”. Assim, para se punir um médico não será bastante supor razoavelmente (Artigo 39.º n.º 2) que o consentimento seria recusado, antes *terá de se produzir prova que permita concluir com segurança que o consentimento seria recusado*. Cfr., Manuel da Costa Andrade, *apud* André Dias Pereira - O consentimento informado na relação médico-paciente : estudo de direito civil. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 497.

³⁵⁵ Situação de urgência surge neste contexto como, “*Situação de perigo atual ou eminente para a vida ou integridade física da criança e do jovem*” - artigo 5.º, alínea c) da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (Lei n.º 147/99, de 01 de Setembro).

³⁵⁶ Cfr., Geraldo Rocha Ribeiro - Quem decide pelos menores? (algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para atos médicos). Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde. A. 7 n. 14 (2010), pág. 135.

³⁵⁷ Genericamente esta Lei prevê a intervenção social e administrativa, a intervenção judiciária, concebendo esta como subsidiária daquela. Assim sendo, a promoção dos direitos e a proteção da criança e do jovem em perigo competem, em primeira linha, às entidades públicas e provadas com atribuição em matéria de infância e juventude e às comissões de proteção e, em última instância, aos Tribunais, quando a intervenção das Comissões de Proteção não possa ter lugar por falta de consentimento dos pais, do representante legal ou de quem tenha a guarda de facto da criança ou do jovem ou por não dispor dos meios para aplicar ou executar a medida adequada.

³⁵⁸ O qual confere ao Estado o dever de os proteger contra todas as formas de abandono, de discriminação e opressão e contra o exercício abusivo da autoridade, com vista ao seu desenvolvimento integral.

³⁵⁹ Lei n.º 147/99, de 01 de Setembro.

sem que os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto se lhes oponham de modo adequado a remover essa situação”.

Quando os pais, depois de informados e esclarecidos, se oponham à realização de intervenções médicas terapêuticas, resultando assim, perigo para a criança, não sendo possível, em tempo útil, o recurso ao Tribunal de Família de Menores e ao Ministério Público, o médico poderá atuar no interesse do menor. Ora, o estado de perigo em que o paciente se encontra vem, pois, legitimar a atuação do médico com desrespeito pela vontade dos pais³⁶⁰.

Daí que a intervenção para a promoção dos direitos e proteção da criança e do jovem em perigo tenha lugar quando os pais, - o representante legal ou quem tenha a guarda de facto - ponham em perigo a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento e, por outro lado, sempre que estes não se oponham adequadamente à intervenção suscetível daquela perigosidade, por parte de terceiros ou da própria criança ou jovem³⁶¹ (artigo 3.º n.º 1 da Lei 147/99, de 01 de Setembro).

Pelo exposto, parece-nos que a decisão médica deverá aferir-se seguindo critérios favoráveis aos interesses objetivos do menor. Deverá igualmente ser atendida a “compatibilização ou produção mínima de danos quanto à vontade dos pais, no equacionar da necessidade e adequação da intervenção e possíveis alternativas”³⁶². Nos casos de situações de *emergente de perigo*, exige-se uma prontidão médica não obstante poder o médico recorrer aos meios judiciais através da intervenção do Ministério Público, intervenção a título principal para promoção e proteção da criança³⁶³.

³⁶⁰ Vide, neste sentido, Rosa Cândido Martins - A criança, o adolescente e o ato médico. O problema do consentimento. IN FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA - Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977. Coimbra : Coimbra Editora, 2004. V. 1, pág. 815; André Dias Pereira – O consentimento informado na relação médico-paciente : estudo de direito civil. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 323; Geraldo Rocha Ribeiro - Quem decide pelos menores? (algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para atos médicos). Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde. A. 7 n. 14 (2010), pág. 135.

³⁶¹ Por outro lado, podemos sempre atender às Medidas de promoção, providência destinada a afastar o perigo em que as crianças e os jovens se encontram, a proporcionar-lhes as condições que permitam proteger e promover a sua segurança, saúde, formação, educação, bem-estar e desenvolvimento integral bem como a garantir a recuperação física e psicológica das crianças e jovens vítimas de qualquer forma de exploração ou abuso (artigo 31.º).

³⁶² Cfr., Geraldo Rocha Ribeiro - Quem decide pelos menores? (algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para atos médicos). Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde. A. 7 n. 14 (2010), pág. 136.

³⁶³ Artigo 3.º n.º 1, alínea a) e artigo 5.º n.º 1, alínea c) do Estatuto do Ministério Público e artigo 1915.º n.º 1 do CC, por remissão do artigo 1918.º do CC.

Nestas situações a medida a tomar será a limitação temporária e concreta das responsabilidades parentais, prevista no artigo 1918.º do Código Civil.

Para Geraldo Rocha Ribeiro, “esta medida fornece a suficiente flexibilidade de conteúdo e poder de conformação ao tribunal para atestar a proporcionalidade da medida na proteção e tutela do interesse da criança, restringindo-se à limitação da responsabilidade parental ao *mínimo* necessário e suficiente”³⁶⁴. Assim, o grau de reconhecimento de autodeterminação ao menor ou a necessidade de proteção ou legitimação por parte dos pais, ou por parte de autoridades judiciais, terá de ser aferida em função do caso concreto. No entanto, reforçamos o facto de o menor ser um sujeito de direitos, tendo o direito a participar em questões que a si comporta, assim como ser informado do processo de decisão sobre a sua vida e integridade pessoal.

Ainda que o médico conclua, por hipótese, que o menor não está em condições de poder prestar o seu consentimento informado como ato autorizante para a intervenção, os seus desejos, curiosidades, anseios e a sua própria personalidade, deverão ser tidos em conta no processo de obtenção do consentimento informado. E nesse caso, devem os representantes legais atuar segundo os melhores interesses do seu filho. Embora não esqueçamos que estamos perante direitos pessoalíssimos, que só ao menor respeita, e portanto os representantes não poderão substituir a vontade do representando. Aqui o *papel* dos pais será, tendo em vista o mais adequado para os seus filhos, devendo ser incluídas no processo dúvidas e possíveis perguntas, ao qual devem ser esclarecidas de modo a que o menor seja capaz de entender o que lhe seja facultado, assim como, todas as intervenções necessárias, procurando levar em consideração a sua vontade perante tal situação em concreto. E por isso, nestas circunstâncias, cremos que a representação legal é o único meio de suprir tais incapacidades do menor, conquanto, insista-se, seja no melhor dos interesses do menor.

Se, pelo contrário, o paciente menor demonstrar capacidade suficiente para compreender a situação a que está sujeito, será ele próprio, por si mesmo, a indicar essa sua vontade, e a sua opinião ser cada vez mais tida em consideração. Só assim, é possível garantir e promover o seu livre desenvolvimento e evolução da sua personalidade. À medida que a sua capacidade vai evoluindo, o menor deve atuar como

³⁶⁴ Cfr., Geraldo Rocha Ribeiro - Quem decide pelos menores? (algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para atos médicos). *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. A. 7 n. 14 (2010), pág. 137.

uma espécie de “treinador-adjunto” prestando uma espécie de *co-consentimento* em conjugação com o consentimento dado pelos pais. Significando com isto que não deve o menor ficar à parte do processo terapêutico, devendo a sua vontade ser considerada de forma tão válida quanto a capacidade demonstrada.

Não esqueçamos, com isso, que o menor é um ser sujeito pleno de direitos, cuja integridade física e dignidade humana devem ser respeitadas, e não aos pais, que, por falta de capacidade dos seus filhos para exercer os seus direitos, os devem representar, agindo em seu nome, mas sempre com respeito pelo seu bem-estar e de harmonia com o seu superior interesse.

4.1.1. SUPRIMENTO DA INCAPACIDADE DE EXERCÍCIO DO MENOR

4.1.1.1. FORMAS DE SUPRIR A INCAPACIDADE DO MENOR

A responsabilidade parental³⁶⁵ e, subsidiariamente, a tutela (artigo 124.º e 1921.º e seguintes do Código Civil) são os institutos jurídicos que pretendem assegurar o *cuidado* da criança e suprir a sua incapacidade. Deste modo, a responsabilidade parental está na sua essência centrada no cuidado do menor. Identifica-se assim a responsabilidade parental, como um conjunto de poderes-deveres funcionalizados aos interesses dos filhos, sendo nesta função que o seu exercício se define e se determina.

Esses poderes-deveres pretendem responder à necessidade de salvaguarda do interesse da criança nas várias áreas da sua atuação, quer nas relações jurídicas com outros sujeitos de direitos, quer na sua autonomia pessoal, desenvolvendo e protegendo o seu desenvolvimento físico, moral e intelectual.

Contudo, à medida que os menores vão crescendo, a intervenção protetora dos pais vai sendo menor, e, com ela, o âmbito da sua incapacidade, passando os poderes dos pais a restringir-se ao “estritamente necessário”³⁶⁶. A menoridade caracteriza-se pela sua *elasticidade* às circunstâncias em que se encontra o menor, sendo notória a redução da

³⁶⁵ De acordo com André Dias Pereira, responsabilidade parental é um “poder-dever atribuído aos pais por causa da incapacidade natural dos menores e para defesa dos interesses dos filhos: é um poder conferido na medida do necessário”. Cfr., André Dias Pereira – O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 305.

³⁶⁶ Cfr., Guilherme de Oliveira - Temas de direito da medicina. 2.ª ed. aumentada. Coimbra : Coimbra Editora, 2005, pág. 240.

intervenção dos pais na fase final do exercício daquelas responsabilidades (entre os 14 e os 18 anos) por força do desenvolvimento do menor.

Cabe aos pais assegurar o cuidado e a educação da criança, tendo em conta a progressiva aquisição de capacidade desta para ser autónoma e responsável nas suas decisões, quer no âmbito pessoal quer no âmbito patrimonial. O reconhecimento da capacidade para autodeterminação do menor diverge consoante o relevo da questão, maturidade e interesses subjacentes, estando, independentemente da afirmação da capacidade para agir, sempre assegurado o direito de participação do menor.

Para uma plena compreensão das responsabilidades parentais, devemos atender aos princípios que devem regerem esta matéria, decorrentes diretamente da Constituição nos termos do artigo 36.º n.ºs 3, 5 e 6.

O poder paternal é a fórmula paradigmática de suprimento da incapacidade de exercício dos menores, traduzindo-se no complexo de poderes e deveres que a lei atribui ou impõe aos pais para dirigirem a pessoa e os bens dos filhos menores. O artigo 1878.º n.º 1 do Código Civil, explicitando o conteúdo do poder paternal, diz: “compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, promover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens”⁽³⁶⁷⁾ ⁽³⁶⁸⁾.

É pacífica a doutrina quanto à natureza do poder paternal, que o classifica como um “conjunto de poderes deveres ou poderes funcionais cometidos a ambos os progenitores a fim de que estes realizem e promovam o interesse do filho”³⁶⁹.

Daqui decore que é aos pais (detentores do poder paternal) que cabe em primeiro lugar, zelar pela proteção da saúde do menor. É-lhes atribuído um direito de decidir pelo filho no que diz respeito a cuidados de saúde. Por outras palavras, são em princípio os pais,

³⁶⁷ O conteúdo do poder paternal apresenta-se em dois planos: um primeiro dedicado aos bens do filho (administração dos bens e representação - artigo 1888.º e 1900.º do CC) e outro relativo à pessoa do filho (segurança, saúde, sustento e educação – artigo 1885.º a 1887.º do CC).

³⁶⁸ Cfr., Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22/05/2007, Proc. N.º 12/99.5TBACB-A.C1: “I – Até à maioridade ou emancipação, os filhos estão sujeitos ao poder paternal (artigo 1877.º, n.º 1 do C.Civ.), que incumbe aos pais, a quem compete, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens”, *apud* José Alberto González - Código civil anotado : direito da família : artigos 1576.º a 2023.º. Lisboa : Quid Juris, 2014. V. 5, pág. 305.

³⁶⁹ Cfr., Carlos Mota Pinto – Teoria geral do direito civil. 4.ª Ed., Coimbra : Coimbra Editora, 2005, pág. 170-171 e 225.

enquanto representantes legais do filho menor, que têm o direito de autorizar ou recusar a intervenção ou tratamento a realizar sobre este³⁷⁰.

Importa, contudo, recordar um aspeto que a doutrina tem feito notar quanto às decisões dos pais relativamente aos filhos em matéria de saúde. Tais decisões não se reconduzem à ideia de um verdadeiro e próprio consentimento, uma vez que este é por definição, um ato pessoal que se traduz na expressão de vontade da pessoa, a cujo corpo respeita a intervenção ou tratamento médico. Daqui, extraem-se diversas ilações, sendo que a liberdade pessoal em que assenta o consentimento “não se comunica ao representante legal”³⁷¹. A ser assim, a decisão tomada pelos pais ao abrigo do exercício das responsabilidades parentais, traduz-se não num consentimento, mas sim numa autorização para a prática de determinadas intervenções ou tratamentos terapêuticos sobre o filho enquanto manifestação do exercício do poder paternal. Ou seja, a faculdade que os pais têm de decidir sobre o menor, não se funde no direito de autodeterminação dos pais (que, no caso, não serão os pacientes), mas antes no exercício do poder-dever de zelar pela sua saúde.

O poder de representação legalmente concedido aos pais tem carácter *intuitu personae*: é-lhes facultado no pressuposto de que a ligação afetiva com o filho é a melhor garantia de que irão atuar na preservação do seu superior interesse³⁷².

4.1.2. A TUTELA

A tutela, enquanto meio de cuidado subsidiário em relação às responsabilidades parentais, encontra-se regulada nos artigos 1927.º e seguintes do Código Civil.

Ao tutor cabe o desempenho de funções executivas no âmbito da tutela, de entre as quais resultam poderes de representação, incluindo a administração de bens. À semelhança do que dissemos em relação à natureza e conteúdo das responsabilidades parentais, a relação de tutela pressupõe uma relação de *cuidado* da saúde do menor,

³⁷⁰ Neste sentido, surge também o teor do artigo 6.º n.º 2 da CEDH Bio, onde se lê: “Quando, de acordo com a lei, um menor não tem a capacidade para consentir numa intervenção, a intervenção apenas pode ser efetuada com autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou entidade designada pela lei”. Por outro lado, o n.º 3 da Base XVI da Lei de Bases da Saúde afirma: “Relativamente a menores e incapazes, a lei deve prever as condições em que os seus representantes legais podem exercer os direitos que lhe cabem, designadamente, o de recusarem a assistência, com observância dos princípios constitucionais definidos”.

³⁷¹ Cfr., Manuel da Costa Andrade - In Jorge Figueiredo Dias dir. - Comentário Conimbricense ao Código Penal – parte especial. Coimbra : Coimbra Editora, 2012. T. 1, pág. 603.

³⁷² Cfr., José Alberto González - Código civil anotado : direito da família : artigos 1576.º a 2023.º. Lisboa : Quid Juris, 2014. V. 5, pág. 309.

segurança e educação, com vista ao seu desenvolvimento intelectual e emocional. Esta ideia de cuidado é tanto mais marcada quanto as diferenças de regime entre a responsabilidade parental e tutela, que resultam de interesses de carácter exclusivamente patrimonial³⁷³.

A única disposição sobre o exercício das funções do tutor quanto à pessoa do menor determina que a “tutela deve ser exercida com a diligência de um bom pai de família” (artigo 1935.º n.º 2 do Código Civil). Tal disposição reflete a natureza do vínculo decorrente da relação de tutela e dos receios a ele ligados, por força da inexistência de um vínculo biológico “forte” como o da filiação, ao impor um critério guia de atuação do tutor, algo que o legislador não considerou necessário quanto às responsabilidades parentais, por decorrência das relações naturais decorrentes da filiação.

Apesar da aparente coincidência de conteúdo entre a responsabilidade parental e a tutela, a constituição jurídica do instituto da tutela pretende acumular, nos menores, o vazio deixado pela inexistência ou impossibilidade de exercício das responsabilidades parentais, sem, no entanto, pretender substituir-lhe. Aliado à inexistência de um vínculo biológico e social forte, a relação entre o menor e o tutor é, na sua essência, de carácter unidirecional, pois a tutela é estabelecida em exclusivo no interesse do menor.

4.2. O EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS NA SAÚDE DO MENOR

No que diz respeito à área médica com a atribuição do exercício das responsabilidades parentais, compete aos pais velar pela saúde dos filhos, tendo sempre em conta o seu bem-estar e o melhor para estes³⁷⁴. Atendendo a este poder, os pais vêem-se obrigados a assegurar todos os cuidados médicos que se revelem essenciais para o menor. Além disso, este poder-dever abrange ainda o direito e dever de decidir pelo filho quando este não tiver capacidade de agir em nome próprio. Este direito/dever atribuído aos pais só

³⁷³ São eles: os atos proibidos e atos dependentes de autorização do tribunal (artigo 1937.º e 1938.º do CC); sanções decorrentes da sua violação (artigo 1939.º e 1940.º do CC); obrigação de apresentar a relação de bens dos menores e a obrigação de prestar contas (artigo 1943.º, 1944.º e 1947.º, CC); a responsabilidade e direitos de tutor (artigo 1945.º e 1946.º do CC); a indisponibilidade dos rendimentos do menor para o que não seja para o sustento e educação e administração dos seus bens (artigo 1936.º do CC).

³⁷⁴ Cfr., artigo 1878.º n.º 1 do CC.

pode ser utilizado de acordo com o superior interesse do menor³⁷⁵ e nunca para proveito dos próprios.

A problemática do superior interesse da criança assume especial relevância quando somos confrontados com uma situação específica como são o transplante e colheita de órgãos e tecidos em menores. Logo à partida quanto a esta questão, a lei portuguesa é bastante prudente. Após estabelecer a diferença entre órgãos e substâncias regeneráveis e não regeneráveis, a lei afirma que, quando se tratar desta última situação, está expressamente proibido o transplante nos casos em que o dador é um menor³⁷⁶. Por outro lado, no que respeita a substâncias regeneráveis, apenas se admite que o dador seja um menor nas situações descritas no artigo 8.º n.º 3 e 4 da Lei sobre transplantação, colheita e doação de órgãos³⁷⁷.

Concordamos com esta opção do legislador, pois é reconhecido que um transplante é sempre feito em benefício de um terceiro e nunca de um dador. No entanto, em alguns casos, pode haver um benefício indireto para o menor dador quando o recetor for, por exemplo, o seu irmão, benefício esse traduzido na ideia de que a doação irá prevenir a sua morte.

Ao permitir um transplante, os representantes legais têm de ser alertados para os riscos e sofrimento que essa intervenção pode, por vezes, acarretar para o dador e, ainda, de que com o transplante podem estar a diminuir a esperança de vida do dador e conseqüentemente a torná-lo num futuro recetor. Assim, e de modo a proteger o superior interesse do seu filho e a sua vulnerabilidade quanto à autorização das colheitas em vida de substâncias regeneráveis, além dos requisitos de admissibilidade

³⁷⁵ Cfr., Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14/06/2007, Proc. N.º 2616/2007-2: “O interesse do menor, ou o superior interesse do menor, é um conceito indeterminado que deve ser concretizado pelo juiz de acordo com as orientações legais sobre o conteúdo do poder paternal: a) a segurança e saúde do menor, o seu sustento, educação e autonomia (artigo 1878.º); b) o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos (artigo 1885.º n.º 1); c) a opinião do filho (artigo 1878.º n.º 2; artigo 1901.º n.º 1). A opinião do menor torna-se relevante em diversas matérias que lhe dizem respeito, e no caso concreto, também no que toca à suficiência da pensão alimentar não só em termos de subsistência como também em termos de adequação para o seu processo de desenvolvimento intelectual, físico e moral”. Cfr., José Alberto González - Código civil anotado : direito da família : artigos 1576.º a 2023.º. Lisboa : Quid Juris, 2014. V. 5, pág. 305.

³⁷⁶ Cfr., artigo 6.º n.º 4, da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril. A versão atualizada do diploma em questão corresponde à Lei n.º 36/2013, de 12 de Junho.

³⁷⁷ Cfr., artigo 8.º n.º 3 da Lei n.º 36/2013, de 12 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”; n.º 4: “A dádiva de tecidos ou órgãos de menores com capacidade de entendimento e de manifestação de vontade carece também da concordância destes”.

previstos no artigo 6.º, o legislador exige também a concordância do menor para tal intervenção (artigo 8.º n.º 4).

O exercício dos direitos, poderes e deveres inerentes ao poder paternal, somente será justificado se corresponder concretamente ao interesse dos filhos, não estando os pais a praticar, - por ação ou omissão -, condutas arbitrárias que importem a violação de direitos dos quais os seus filhos são titulares, sob pena de intervenção por parte de uma autoridade estatal. Sendo os filhos, ainda que menores, titulares de direitos, incluindo, direitos de personalidade, cabe aos progenitores, no exercício do poder paternal, respeitar e zelar por esses direitos, de entre outros, os direitos ao desenvolvimento da personalidade, direto à intimidade e à privacidade.

É de considerar, portanto, que o poder paternal destina-se não apenas à proteção dos filhos, mas também deve importar na promoção da progressiva autonomia e independência destes, de modo que possam, quando atingirem a maioridade, exercerem plenamente a sua capacidade física, intelectual, moral, emocional e social³⁷⁸.

O artigo 1881.º n.º 1 do Código Civil, restringe o alcance do poder de representação dos pais em relação a determinados atos dos filhos, que podem ser por estes praticados pessoalmente independentemente da sua idade. No entanto, além da existência de previsão legal expressa, não é plausível, à luz das regras outorgadas aos cidadãos, e ao princípio da dignidade da pessoa humana, que as crianças e os adolescentes capazes de exprimir a sua vontade, não possam ser ouvidas pelos seus pais, ou sejam ignoradas quando se trate da prática de atos ou da tomada de decisões que a eles convenham.

Na opinião de Maria Clara Sottomayor, a criança deve ser considerada “não apenas como um sujeito de direito, suscetível de ser titular de relações jurídicas, mas também como uma *pessoa* dotada de sentimentos, de necessidades e de emoções, a quem é reconhecido um espaço de autonomia e autodeterminação, de acordo com a sua maturidade”³⁷⁹.

Ou, como lembra Capelo de Sousa, “as crianças, desde o início, *têm uma personalidade própria*, que os pais, no regular exercício do poder paternal, têm o *dever de respeitar*,

³⁷⁸ Neste sentido *vide*, Rosa Cândido Martins - Poder paternal vs autonomia da criança e do adolescente? *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, A. 1, n. 1, (2004), pág. 69.

³⁷⁹ Cfr., Maria Clara Sottomayor – *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*, 4.ª ed. Coimbra : Editora Almedina, 2004, págs. 13 e 14.

inclusive como forma de promover o seu desenvolvimento, tal qual previsto nos artigos 36.º n.º 5; 68.º n.º 1; 69.º n.º 1 e 70.º n.º 2 da Constituição da República Portuguesa³⁸⁰. Assim sendo, cabe aos pais dialogar com os filhos, proporcionando-lhes a direção e as diretrizes necessárias, para que possam decidir sobre questões do seu particular interesse, criando, assim, uma relação de confiança e respeito, que é a base para um desenvolvimento sã da sua personalidade³⁸¹.

Diante do alcance e conteúdo do poder paternal, consideramos não ser aceitável que os pais tratem os filhos como um “bem”, ou ainda uma extensão da sua personalidade, delimitando o exercício de direitos básicos, como a individualidade, a personalidade e intimidade. O Código Civil em diversas passagens reconhece que o menor adquire progressivamente uma “capacidade natural” para exercer por si próprio determinados direitos, sobretudo aqueles de carácter pessoal, desde que para tal possuam idade e maturidade suficientes. Fora do Código Civil, um dos exemplos mais expressivos de reconhecimento da autonomia do menor para o exercício de direitos pessoais, independentemente da representação ou assistência dos seus progenitores, diz respeito ao acesso às consultas de educação sexual e de planeamento familiar, previsto na Lei n.º 3/84 de 24 de Março e na Portaria n.º 52/85 de 26 de Janeiro.

Também como aponta Eva Sónia Moreira, “encontra-se já fora do âmbito do poder paternal a decisão da interrupção voluntária da gravidez (nos casos em que esta é lícita) da menor com mais de 16 anos (artigo 142.º n.º 3 do Código Penal)”. Ou seja, o consentimento para esta interrupção será dado diretamente pela própria adolescente³⁸².

Posto isto, concluiremos no sentido de que o ordenamento jurídico português abraça uma tendência progressista de tratar a matéria, - também presente noutros ordenamentos da União Europeia³⁸³ -, segundo o qual crianças e adolescentes não

³⁸⁰ Cfr., Rabindranath Capelo de Sousa – Direito geral de personalidade. Coimbra : Coimbra Editora, 1995, págs. 168 a 173.

³⁸¹ O próprio artigo 1878.º n.º 2 do Código Civil, ao definir o conteúdo do poder paternal, dispõe que os pais, “de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes” e devem “reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida”.

³⁸² Cfr., Eva Sónia Moreira – A autonomia do menor no exercício dos seus direitos. Scientia Iuridica. T. 50, n. 291 (2001), pág. 189.

³⁸³ Importando, neste sentido, citar, em especial, o contido no artigo 371.º n.º 1 do Código Civil Francês, onde consta que “[...] os pais devem fazer participar o filho nas decisões que lhe digam respeito, de acordo com a sua idade e o seu grau de maturidade” e no § 1626, II, do Código Civil Alemão, segundo o qual os pais têm o dever de “tomar em consideração a crescente capacidade e a crescente necessidade do filho para um comportamento independente e consciente das responsabilidades. Os pais discutem com o filho as questões do poder paternal e aspiram a um acordo, desde que o estágio de desenvolvimento do filho seja apropriado”, Cfr., Rosa Cândido Martins - Poder paternal vs autonomia da criança e do adolescente? Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família. A. 1, n. 1, (2004), pág. 70 e 71.

ficam pura e simplesmente sub-rogadas às decisões de terceiros (designadamente os seus representantes legais ou tutor), sem serem considerados capazes de influenciar e/ou participar na orientação das suas vidas, devendo ser reconhecida a sua progressiva autonomia no exercício dos seus direitos em função da sua idade, maturidade e desenvolvimento das suas capacidades cognitivas, que, como referido, cabe aos progenitores promover e respeitar³⁸⁴.

Não desprovido a prévia observação por parte de técnicos especializados da medicina e das ciências sociais aptos a fazer uma análise a cerca da capacidade cognitiva dos menores, demonstrando através de métodos e estudos, a necessidade de cada vez menos os menores serem representados pelos seus pais para a prática de atos da vida civil que envolvem tais direitos, a ponto de poderem agir de forma autónoma.

4.2.1. LIMITES AO CONSENTIMENTO (AUTORIZAÇÃO) POR PARTE DOS PAIS

Como qualquer poder-dever, também as responsabilidades parentais estão sujeitas a algumas limitações que visam proteger a criança contra situações que a possam afetar. A autoridade parental deve, no entender de André Dias Pereira, “ser respeitada até onde for possível”³⁸⁵.

Esta limitação das responsabilidades parentais deve-se em parte à crescente preocupação com o bem-estar das crianças e este fator leva a que, hoje em dia, os tribunais intervenham cada vez mais quando os pais recusam a dar o seu consentimento para determinado tratamento médico, limitando o exercício das responsabilidades parentais. Isto porque, fundamentalmente, tem-se verificado situações em que a decisão dos pais se baseia exclusivamente nas suas convicções.

Com efeito, consideramos que as decisões dos pais, de modo a protegerem o superior interesse da criança, devem ser sempre racionais e imparciais, não podendo, dentro do possível, ser afetada pelas suas emoções. Não obstante, muitas das vezes, isso nem sempre é praticável. Será praticamente impossível pedir a um pai ou a uma mãe que tomem uma decisão imparcial, quando é a vida do seu filho que está em risco.

³⁸⁴ Quanto a esta orientação, importa referir o artigo 6.º n.º 2 da Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina, segundo o qual “a opinião do menor é tomada em consideração como um fator cada vez mais determinante, em função da sua idade e do seu grau de maturidade”.

³⁸⁵ Cfr., André Dias Pereira - O consentimento informado na relação médico-paciente : estudo de direito civil. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 239.

O que essencialmente se pretende é evitar que o menor seja sujeito a tratamentos *inúteis* ⁽³⁸⁶⁾ ⁽³⁸⁷⁾ apenas porque os pais ainda têm alguma esperança de que o tratamento seja capaz de salvar a vida do seu filho e querem prolongá-la a todo o custo, muitas vezes não admitindo que isso poderá trazer ainda mais sofrimento para aquele³⁸⁸. Mais uma vez defendemos aqui a ideia de que os pais não podem dispor livremente do corpo, saúde e vida do filho. Os progenitores atuam como representantes do menor, e em nome do menor, e não seguindo os seus próprios interesses.

O ponto-chave da problemática a abordar é que ao atribuir autonomia aos representantes legais do menor para decidirem sobre questões afetas aos seus interesses, seguramente pretende-se proteger referidos interesses, ou, pelo menos, que isso seja espectável. Desta forma, o poder que tem os representantes legais do menor corresponde a um dever de que esta representação seja sempre orientada no sentido da salvaguarda dos interesses dos representados, tal como expressa a lei portuguesa nos artigos 1878.º n.º 1 do Código Civil e no artigo 69.º da Constituição.

Por isso, dir-se-á que em situações em que o médico entenda ser essencial e urgente a intervenção terapêutica negada pelos progenitores do menor, esta negativa não corresponde ao interesse do menor na preservação, manutenção da vida e saúde. O corolário deste entendimento está consagrado no disposto no artigo 3.º n.º 1 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito das Crianças, o qual é expresso ao consignar que “os poderes dos Estados Partes devem atuar e estarem vinculados ao interesse superior do menor, onde se procure a adequada interpretação dos direitos e interesses do menor, inicialmente inserido no âmbito da sua família, e em seguida, da Comunidade como um todo”.

Havendo um conflito entre o poder paternal exercido pelos progenitores e o direito à vida e integridade física do menor, deve-se dar prevalência a estes, como resultado do princípio que, havendo conflito de interesses e estando em causa bens juridicamente

³⁸⁶ Sobre esta questão, *vide* Parecer 11/CNECV/95 referente aos Aspectos Éticos dos Cuidados de Saúde Relacionados com o Final da Vida, in Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida - Parecer sobre aspectos éticos dos cuidados de saúde relacionados com o final da vida : (11/CNECV/95). Lisboa : CNECV, 1995.

³⁸⁷ Para o Prof. José Alberto González quando se refere a Diretivas antecipadas de vontade, considera “tratamentos fúteis como aqueles que, revelando-se insuscetíveis de conduzir a um resultado positivo, produzindo, nomeadamente, a cura [por exemplo, em casos terminais, a introdução de sonda para alimentação ou hidratação], causam sofrimento, dor ou desconforto desmedido. [...] A sua realização acaba por revelar-se desproporcionadamente prejudicial”. Cfr., José Alberto González - Testamento vital e procuração de cuidados de saúde. Lisboa : Quid Juris, 2003, pág. 84 e ss.

³⁸⁸ Cfr., Ana Amorim - O consentimento informado de menores : reflexões críticas sobre a lei actual. Lex Medicinæ - revista portuguesa de direito da saúde. A. 8, n. 15 (2011), pág. 125.

protegidos, para além do direito à vida ser de maior fundamentalidade natural, deve-se procurar uma solução que não exclua totalmente a tutela a um dos direitos postos em causa.

Também para os médicos torna-se complicado tomar posição, quando ocorre um conflito entre deveres: por um lado, a decisão dos pais enquanto representantes legais do filho, por outro, o de atuar no sentido de salvaguardar os bens jurídicos fundamentais do menor. Em princípio, prevalece este último por estar em causa bens jurídicos pessoais, integrados nos direitos de personalidade do menor.

No âmbito das regras éticas e deontológicas, compete ao médico, “exercer a sua profissão com maior respeito pelo direito à proteção da saúde das pessoas e da comunidade” (artigo 5.º n.º 1 do CDOM), bem como, “obrigasse à prestação dos melhores cuidados ao seu alcance, agindo sempre no exclusivo intuito de promover ou restituir a saúde, conservar a vida e a sua qualidade, suavizar os sofrimentos [...], no pleno respeito pela dignidade do ser humano” (artigo 31.º do CDOM).

Do ponto de vista do direito penal, se atendermos ao disposto no artigo 156.º do código penal que define o crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, evidencia-se que o bem jurídico protegido é a autodeterminação do próprio paciente ao fazer referência expressa à falta de consentimento do paciente, como elemento objetivo do tipo. Paciente este que deve contar com a capacidade para conceder o consentimento ou recusar a intervenção.

A intervenção sem o consentimento dos pais do menor, fora das circunstâncias em que este não estava apto para consentir, não tipifica o delito em questão, pois o bem juridicamente tutelado por este tipo penal não é a autonomia dos progenitores, nem as suas convicções e orientações, mas sim o consentimento do paciente que é exclusivo e intransmissível, como forma de expressão da sua capacidade de autodeterminar.

Tal entendimento não assenta numa ideia de menosprezo da posição do poder paternal dos representantes legais cuja manifestação negativa acerca da intervenção médica deve ser respeitada. Sucede quando estes contenham argumentos que vão ao encontro com os interesses do menor, tendo em vista o seu superior interesse, os quais estejam relacionados com o bem-estar, com a dignidade da pessoa humana e com o respeito pela vida, como acontece quando a oposição é justificada, pela necessidade de outros exames, ou por ponderações acerca das consequências e efeitos nocivos, e sofrimento

como resultado do tratamento em causa, em face dos riscos ou dos prognósticos de pouca melhora ou recuperação clínica.

Por outro lado, será lícita a intervenção médica contra o dissentimento dos representantes legais, se além desse dissentimento ser carente de razões legítimas em face da urgência da intervenção, não haja tempo suficiente para que se recorra às instâncias judiciais, a fim de que se pronunciem sobre o interesse do menor em face da recusa dos responsáveis. Esta é a via legalmente prevista para se avaliar de forma decisiva o que é mais vantajoso para o menor, tal como se encontra previsto no artigo 146.º, alínea d) do Decreto-Lei n.º 314/78 (Organização Tutelar de Menores).

Uma outra situação consubstancia-se nos chamados Tratamentos Compulsivos, – já antes mencionado a propósito da intervenção médica em situações de urgência – ou tratamentos obrigatórios, como garantia do interesse público representado pela saúde pública ameaçada, sendo assim objeto do domínio do poder da autoridade pública da saúde. Agindo de acordo com o superior interesse público, tem o Estado poder para dar cumprimento a políticas de saúde pública, como as vacinações, os rastreios, e os serviços de combate a epidemias, que lutam contra doenças infectocontagiosas. Investida do poder de autoridade administrativa de saúde, a autoridade sanitária conta com discricionariedade e pode agir compulsivamente em situações de risco para a população, tal como assegura a Lei de Bases, regulada pelo Decreto-Lei n.º 336/93, de 29 de Setembro.

Esta preocupação releva devido ao risco de contágio e transmissão de doenças desconhecidas a certo grupo populacional, tal como sucedeu com o vírus Ébola, num passado recente. Daí surge a necessidade de cautela e proteção dos cidadãos em face de um mundo cada vez mais integrado, onde a circulação de pessoas é cada vez mais frequente e as distâncias percorridas em tempo cada vez menor.

Na hipótese da administração de um tratamento compulsório, por hipótese em maiores, *a priori* se identifica o complicado conflito entre o direito ao desenvolvimento da personalidade, referente a decisões pessoais sobre o seu próprio corpo, (artigo 26.º da Constituição) considerando-se os padrões éticos e morais, podendo assim o indivíduo exigir que o próprio Estado lhe garanta a integridade física e moral, conforme os seus padrões (artigo 25.º n.º 1, e artigo 27.º n.º 1 da Constituição) e o direito de todos à proteção da saúde, sobretudo, o dever do Estado de defendê-la (artigo 64.º n.º 1 da Constituição).

Relativamente aos menores, os tratamentos compulsivos são legítimos como garantia dos direitos do próprio menor, protegendo a sua liberdade e autodeterminação, defendendo o interesse da comunidade na manutenção da saúde pública. O que, no entanto, não exclui o dever do médico de posteriormente informar e esclarecer os representantes legais daquele, pois o que a lei autoriza é a intervenção compulsória, não retirando o direito aos progenitores de serem esclarecidos sobre determinada intervenção.

Uma outra situação de limitação das responsabilidades parentais ocorre quando os pais recusam determinado tratamento médico encarado pelo profissional de saúde como essencial para preservar a saúde do menor. Podem ser várias as razões que levam a essa recusa, como é o caso dos pais de quererem poupar o filho ao sofrimento de mais tratamentos. Porém, estas situações podem ser facilmente resolvidas com recurso a esclarecimentos por parte do médico com a garantia de que tudo será feito para que o menor tenha o mínimo de sofrimento possível³⁸⁹.

De salientar, uma vez mais, que o médico enquanto profissional de saúde desempenha a sua atividade obrigando-se a garantir à prestação dos melhores cuidados de saúde que estiverem ao seu alcance, agindo sempre no exclusivo intuito de promover ou restituir a saúde, conservar a vida e a sua qualidade, suavizando os sofrimentos nomeadamente quando os doentes se encontram em fase terminal, no pleno respeito pela dignidade do ser humano³⁹⁰.

Uma outra situação pode ocorrer devido ao desejo dos pais em abandonarem os tratamentos médicos tradicionais e recorrerem a tratamentos e medicinas alternativas. Esse desejo poder-se-á concretizar, o que acontece é que nestes casos poderá haver lugar a uma limitação das responsabilidades parentais quando essa decisão seja suscetível de colocar em grave risco a saúde e a vida do menor³⁹¹.

Ainda assim, nos casos em que se recorra a tratamentos alternativos, existe mesmo a obrigação das entidades hospitalares de procederem de acordo com a Base XIV n.º 1, alínea e) da Lei de Bases da Saúde (Lei n.º 48/90 de 24 de Agosto) que prescreve que

³⁸⁹ Cfr., Ana Amorim - O consentimento informado de menores : reflexões críticas sobre a lei actual. Lex Medicinæ - revista portuguesa de direito da saúde. A. 8, n. 15 (2011), pág. 124.

³⁹⁰ Cfr., artigo 31.º do CDOM.

³⁹¹ Cfr., Ana Amorim - O consentimento informado de menores : reflexões críticas sobre a lei actual. Lex Medicinæ - revista portuguesa de direito da saúde. A. 8, n. 15 (2011), pág. 124.

os utentes têm direito: “A ser informados sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado”³⁹².

A questão que talvez seja a mais controversa e que levantam mais dificuldades, sobretudo quando respeitante às limitações do exercício do poder paternal, diz respeito à recusa por parte dos pais para a realização do tratamento com fundamento em crenças e convicções religiosas, que envolvem, as Testemunhas de Jeová³⁹³.

Como deve o médico atuar quando um pai, Testemunha de Jeová, e com base nas suas ideologias religiosas, se recusa a dar o seu consentimento para que aquele possa realizar, por exemplo, uma transfusão de sangue no seu filho?

Perante tal situação, apoiamos a ideia de Ana Amorim: “atuando, o médico não está a violar nenhum direito dos pais, pois, mesmo tratando-se de um menor, temos sempre que atender à autodeterminação e à vida da criança”³⁹⁴. Importa ainda ressaltar que, na maioria das vezes, é quase impossível saber se a convicção religiosa da criança é correspondente à dos representantes legais e, assim, ao aceitar a recusa do pai, o médico pode, num primeiro momento, estar a negligenciar as crenças - sejam elas atuais ou futuras - do próprio menor, e ainda, pôr em perigo a saúde e a sua própria vida. ⁽³⁹⁵⁾ ⁽³⁹⁶⁾.

Defendendo, ainda, a este propósito, a possibilidade do acesso de “todas as crianças a receber o tratamento médico adequado. [...] A autoridade parental tem de ser respeitada, no entanto, ninguém pode renunciar à vida de um terceiro [...], e portanto, é

³⁹² No mesmo sentido, cfr., André Dias Pereira - O consentimento informado na relação médico-paciente : estudo de direito civil. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 507.

³⁹³ Os defensores desta religião consideram que a ingestão de sangue é contra a ordem divina. A este propósito estabelece o Parecer 46/CNECV/05 sobre a objeção ao uso de sangue e derivados para fins terapêuticos por motivos religiosos: “2. A autonomia implica a capacidade do doente para exprimir as suas preferências, nomeadamente as decorrentes das suas convicções religiosas”; “3. A recusa em aceitar transfusões de sangue e hemoderivados enquadra-se no direito de o doente decidir sobre os cuidados de saúde que deseja receber, desde que lhe seja reconhecida a capacidade para tal e existam condições para a exercer”.

³⁹⁴ Cfr., Ana Amorim - O consentimento informado de menores : reflexões críticas sobre a lei actual. Lex Medicinæ - revista portuguesa de direito da saúde. A. 8, n. 15 (2011), pág. 124.

³⁹⁵ Neste sentido, um caso que fora julgado no Tribunal Supremo da Argentina em que o juiz condenou por homicídio por omissão os pais de um menor, por estes terem recusado a transfusão de plaquetas para o filho. De acordo com a jurisprudência argentina, a convicção religiosa pertence aos pais e não ao menor. - Cfr., André Dias Pereira, *apud* Ana Amorim - O consentimento informado de menores : reflexões críticas sobre a lei actual. Lex Medicinæ - revista portuguesa de direito da saúde. A. 8, n. 15 (2011), pág. 125, nota 88.

³⁹⁶ Ana Amorim considera que deverá ser tida em atenção “que a religião pode ter um papel muito significativo na vida da criança [...]. No entanto as convicções religiosas não justificam, a omissão de tratamento de um menor” Cfr., O consentimento informado de menores : reflexões críticas sobre a lei actual. Lex Medicinæ - revista portuguesa de direito da saúde. A. 8, n. 15 (2011), págs. 125, nota 89.

legítima a atuação do médico contra a decisão dos representantes legais, em qualquer situação passível de causar um prejuízo para a vida do menor³⁹⁷.

Quem segue o mesmo entendimento é Costa Andrade, o qual merece, de igual modo, o nosso apoio. Quando a recusa se referir a um tratamento medicamente indicado e indispensável para salvar a vida do menor ou afastar uma doença grave, "o médico deve realizar o tratamento ou intervenção médico-cirúrgica. Se o fizer, não incorrerá em responsabilidade criminal a título de tratamento arbitrário"³⁹⁸. Perante estas situações, o médico tem o dever de realizar o tratamento que se revele necessário e adequado ao caso concreto, após requerer o suprimento judicial das responsabilidades parentais, com o objetivo de salvaguardar os interesses do paciente³⁹⁹.

Com efeito, o médico poderá, nestes casos, atuar sem autorização judicial apenas quando o adiamento do tratamento causado pela tentativa de intervenção do tribunal, seja passível de colocar em risco a viabilidade da intervenção, assim como a própria saúde e vida do menor. Esse poder conferido ao tribunal de limitar as responsabilidades parentais tem manifestação no artigo 69.º n.º 1 da Constituição, ao estipular o direito conferido às crianças de proteção do Estado, nos casos em que se verifique um exercício abusivo da autoridade da família. A mesma ideia de proteção e tutela encontra-se consagrada nos artigos 91.º e 92.º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Risco, que promove os direitos e proteção das crianças e jovens em perigo, com a finalidade de garantir o seu bem-estar e desenvolvimento, tanto físico como psíquico.

4.2.2. A RECUSA POR PARTE DOS PAIS

Seguidamente, importa abordar uma problemática cada vez mais frequente na prática clínica, que se prende com a questão da recusa⁴⁰⁰ por parte dos progenitores em nome

³⁹⁷ Cfr., Ana Amorim - O consentimento informado de menores : reflexões críticas sobre a lei actual. Lex Medicinæ - revista portuguesa de direito da saúde. A. 8, n. 15 (2011), pág. 125.

³⁹⁸ Cfr., Manuel da Costa Andrade - In Jorge Figueiredo Dias dir. - Comentário Conimbricense ao Código Penal – parte especial. Coimbra : Coimbra Editora, 2012. T. 1, pág. 603. No mesmo sentido, pronunciou-se o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida no Parecer n.º 46/CNECV/05, sobre Objeção ao Uso de Sangue e Derivados para Fins Terapêuticos por Motivos Religiosos, ao concluir que "os doentes menores de idade carentes do discernimento necessário não podem considerar-se como tendo competência para assumir decisões sobre cuidados de saúde, pelo que são justificados os atos terapêuticos para as quais não foi obtido consentimento e que se destinam a salvar a sua vida ou prevenir sequelas, designadamente a administração de sangue e hemoderivados", *apud* Geraldo Rocha Ribeiro - Quem decide pelos menores? (algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para atos médicos). Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde. A. 7 n. 14 (2010), nota 101, pág. 136.

³⁹⁹ Cfr., artigo 46.º, n.º 6, do CDOM.

⁴⁰⁰ Esta é uma temática que geralmente está associada aos casos de recusa de transfusões de sangue por parte de Testemunhas de Jeová.

dos menores para efeitos da realização de uma intervenção medicamente indicada e indispensável para afastar doença grave ou para salvar a vida do menor.

Quid iuris se, perante uma comprovada situação de perigo para a vida ou para a saúde do menor, os pais recusarem autorização para a realização do tratamento ou intervenção propostos pelo médico?

Entre nós, a doutrina e a jurisprudência têm entendido quanto a esta questão que “não é lícito aos pais, seja em nome de que valores forem, privar os filhos do direito à saúde e à vida”.⁴⁰¹ Defendem ainda a possibilidade judicial de limitação do poder paternal⁴⁰² posição que, aliás, consta do Parecer 8/91 do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República onde se lê: “Se não obstante o esclarecimento referido (o esclarecimento médico), os pais mantêm a sua recusa ao internamento, e a situação de facto que se perfila for de molde a recear perigo para a vida ou grave dano para a saúde do menor, não se compadecendo o seu estado clínico com o recurso à via judicial [...], dar-se-á prevalência à decisão médica de internamento”.

Deverá ser tido em conta o seguinte: não deverá julgar-se que a “autoridade parental é absolutamente funcionalizada, em termos de um heterónimo critério dos “melhores interesses” se poder impor à decisão dos pais, sempre que esta pareça irracional”⁴⁰³. Ou seja, o poder decisório que lhes é conferido não é ilimitado⁴⁰⁴.

Guilherme de Oliveira propõe que se deve acautelar a necessidade de “respeitar o poder paternal até onde for possível”, explicando: “a Constituição da República deu-lhe a máxima dignidade (artigo 36.º n.º 5 e 6) num local sistemático que atribui ao poder paternal uma grande força jurídica, com aplicabilidade imediata, vinculando entidades públicas e privadas (artigo 18.º n.º 1); e em outras passagens da lei fundamental mostra-se que o Estado tem uma função adjuvante relativamente ao papel dos

⁴⁰¹ O mesmo entendimento decorre em Espanha, nos EUA, Canadá, França, Itália, entre outros. Sobre esta matéria, vide, André Dias Pereira - O consentimento informado na relação médico-paciente : estudo de direito civil. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 325-329.

⁴⁰² Cfr., entre nós, a este propósito, André Dias Pereira - O Consentimento Informado ... pág. 323 e ss; Rosa Cândido Martins – A criança, o adolescente e o ato médico. O problema do consentimento. IN FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA - Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977. Coimbra : Coimbra Editora, 2004. V. 1, pág. 824.

⁴⁰³ Cfr., André Dias Pereira – O consentimento informado na relação médico-paciente : estudo de direito civil. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 329.

⁴⁰⁴ Vide, neste sentido, o Parecer 46/CNEV/05 sobre a objeção ao uso de sangue e derivados para fins terapêuticos por motivos religiosos: “deve ser requerida a autorização dos representantes legais, prevalecendo igualmente, em caso de recusa, o dever de agir decorrente do princípio da beneficência, porquanto aquela autorização não corresponde ao exercício da autonomia, pessoal e indelegável, sem prejuízo do recurso às vias judiciais quando indicado”.

progenitores (por exemplo, artigo 67.º n.º 2, alínea c)). E se é verdade que a tutela da saúde e da vida do menor ainda tem mais valor do que o exercício do poder paternal – e de tal modo que aquele valor prevalecerá sempre sobre o papel dos pais – nada justifica que não se tente harmonizar os dois valores constitucionalmente protegidos, por forma a respeitar ambos até onde for possível”⁴⁰⁵.

Na mesma linha de pensamento, André Dias Pereira (que cita Capelo de Sousa) defende que “o exercício do poder paternal (o modo de educar, a religião que escolhe para os filhos, etc.) é também uma forma de desenvolvimento da personalidade do pai e da mãe; é uma forma de expressão da pessoa humana da maior relevância e que merece a tutela do direito”⁴⁰⁶.

É certo que o exercício das responsabilidades parentais deve ser respeitado, e em regra, sendo os pais detentores do poder paternal, agindo como representantes legais do seu filho menor podem recusar uma intervenção. No entanto, quando essa recusa conduza a um notável dano para a saúde do menor, torna-se legítimo que o médico realize o tratamento ou intervenção cirúrgica, após um expedito procedimento junto das autoridades judiciais, de limitação do poder paternal, ou com base na urgência. A recusa de tratamento do representante de um menor pode ser suprida pelo tribunal. Para além de que, e uma vez mais se refere, a liberdade de dispor do corpo ou da própria vida é uma liberdade pessoal, que não se comunica ao representante legal⁴⁰⁷.

Em situações como esta, em que se verifique um perigo para a saúde do menor, poderá, nos termos do artigo 1918.º do Código Civil, a requerimento do Ministério Público ou qualquer das pessoas indicadas no n.º 1 do artigo 1915.⁰⁴⁰⁸, o tribunal decretar as providencias adequadas, designadamente confiar o menor a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação ou assistência, e ainda, pode requerer-se a intervenção do tribunal para substituir-se aos pais para prestar o consentimento⁴⁰⁹, salvaguardando

⁴⁰⁵ Cfr., Guilherme de Oliveira - Temas de direito da medicina, 2.ª ed. aumentada. Coimbra : Coimbra Editora, 2005, pág. 230 e 231.

⁴⁰⁶ Cfr., André Dias Pereira – O consentimento informado na relação médico-paciente : estudo de direito civil. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 330.

⁴⁰⁷ Cfr., M.Miguez Garcia e J.M Castela Rio - Código Penal : parte geral e parte especial, notas e comentários. Coimbra : Almedina, 2014, pág. 646 e ss.

⁴⁰⁸ Artigo 1915.º n.º 1 do CC: “A requerimento do Ministério Público, de qualquer parente do menor ou de pessoa a cuja guarda ele esteja confiado, de facto ou de direito, (sublinhado nosso) pode o tribunal decretar a inibição do exercício das responsabilidades parentais quando qualquer dos pais infrinja culposamente os deveres para com os filhos, com grave prejuízo destes, ou quando, por inexperiência, enfermidade, ausência ou outras razões, se não mostre em condições de cumprir aqueles deveres”.

⁴⁰⁹ A possibilidade de o Tribunal limitar as responsabilidades parentais, encontra-se prevista no artigo 69º n.º1 da CRP, quando o legislador refere que as crianças têm direito à proteção do Estado, nos casos em que se verifique um exercício abusivo da autoridade da família. Neste sentido apontam também os artigos

o superior interesse do menor⁴¹⁰. Esta intervenção judicial é exigida “quando exista perigo atual ou iminente para a vida ou integridade física da criança ou do jovem e haja oposição dos detentores do poder paternal ou de quem tenha a guarda de facto”⁴¹¹, devendo o “tribunal, a requerimento do Ministério Público, proferir uma decisão provisória, no prazo de quarenta e oito horas, confirmando as providências tomadas para a imediata proteção da criança ou do jovem, aplicando qualquer uma das medidas previstas no artigo 35.º ou determinando o que tiver por conveniente relativamente ao destino da criança ou do jovem”⁴¹².

Não sendo possível, em tempo útil, devido ao carácter urgente do caso concreto, o recurso ao Ministério Público, para que este promova o processo competente à limitação do poder paternal⁴¹³, cabendo ao médico decidir se considera ou não a recusa dos progenitores.

Quem também respondeu positivamente quanto a este entendimento, dando uma vez mais o seu contributo a este trabalho, foi a Comissão Nacional de Saúde Materna, da Criança e do Adolescente⁴¹⁴. No questionário realizado, em caso de desentendimento por parte dos pais, cerca de 27 Serviços responderam “que a opinião dos mesmos não deveria ser respeitada quando há risco de vida para a criança e/ou quando põe em causa o seu interesse”, sendo que, “nas situações de desacordo entre os pais sobre a decisão a tomar, prevalecem o recurso a meios de apoio legais, nomeadamente, o Tribunal de Menores, a Comissão de Proteção de Menores e a Comissão de Ética e a consideração do superior interesse da criança”⁴¹⁵.

Com efeito, e aludindo a esta matéria, e em concreto à proteção do menor de possíveis situações de perigo de que pode ser alvo, consideramos de maior importância, de entre outros, citar três acórdãos: Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra⁴¹⁶ de 22-05-

91º e seguintes da Lei n.º147/99, de 1 de Setembro (Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo), que preveem procedimentos de urgência na ausência do consentimento e de limitação do poder paternal.

⁴¹⁰ Cfr. Geraldo Ribeiro - Quem decide pelos menores? (algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para atos médicos). *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. A. 7 n. 14 (2010), pág. 129-130.

⁴¹¹ Artigo 91.º n.º 1 da Lei n.º 147/99, de 01 de Setembro.

⁴¹² Artigo 92.º n.º 1 da Lei n.º 147/99, de 01 de Setembro.

⁴¹³ Cfr., Rosa Cândido Martins - A criança, o adolescente e o ato médico. O problema do consentimento. IN FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA - Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977. Coimbra : Coimbra Editora, 2004. V. 1, pág. 824.

⁴¹⁴ Ver Anexo A, pág. 7 e ss.

⁴¹⁵ As respostas referentes aos 49 Serviços estão apresentadas na Tabela 7. Cfr., Anexo A, pág. 8 e ss.

⁴¹⁶ Cfr., Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22-05-2007, Processo n.º 289/07.4TBVNO.C1; Relator: Garcia Calejo; “I – o art.º 3.º, n.º 2, da LPCJP enuncia casos em que se considera que o menor está em perigo; II – Esta lei e bem assim o art.º 1918.º C.Civ., ao usarem o vocábulo perigo querem referir-se a uma situação de completa e grave ausência de condições que possibilitem ao menor um

2007, do Tribunal da Relação do Porto⁴¹⁷ de 16-05-2011, e do Tribunal da Relação de Lisboa⁴¹⁸ de 06-12-2011.

Ora nesta conformidade, e no seguimento do que fora exposto quanto a esta temática, importa referir, de igual modo, a posição de Paulo Pinto de Albuquerque. “Se o legal representante recusar o consentimento a um tratamento médico-cirúrgico indicado e indispensável para salvar a vida do menor [...] o tribunal pode suprir a recusa de consentimento do legal representante [...] se o tratamento não puder ser adiado, o médico pode intervir”⁴¹⁹.

Destarte, quando o recurso ao tribunal não for possível no imediato e coloque em risco a saúde do menor, o médico deve realizar o tratamento ou intervenção médica sem a prévia autorização do tribunal⁴²⁰. Uma vez mais apoiamos a solução de Costa Andrade, que considera que a intervenção médica sem o consentimento dos representantes legais não preenche, nestes casos, o tipo de crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, pois, “a liberdade de dispor do corpo ou da própria vida é uma liberdade pessoal, que não se comunica ao representante legal, nem é violada só por se contrariar a vontade do representante”⁴²¹.

João Álvaro Dias aponta no mesmo sentido prevendo, cumulativamente, a verificação de três requisitos, para que o médico possa intervir legitimamente mesmo sem o consentimento dos progenitores.

desenvolvimento são e harmonioso nos domínios físico, intelectual, moral e social; III – O conceito de perigo deve ser entendido como o risco atual ou iminente para a segurança, saúde, formação moral, educação e desenvolvimento do menor”.

⁴¹⁷Cfr., Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16-05-2011, Proc. N.º 1409/10.7TBVCD-A.P1; Relator: Anabela Luna de Carvalho. “O recurso ao procedimento de urgência pressupõe a verificação de dois requisitos: perigo atual ou iminente para a vida ou integridade física da Criança ou ao jovem; e oposição dos detentores do poder paternal ou de quem tenha a guarda de facto. - Art.91º, nº I, da LPCJP”.

⁴¹⁸ Cfr., Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 06-12-2011; Proc. N.º 347/11.0TBCDV-A.L1-6; Relator: Jerónimo Freitas. “I. No âmbito do procedimento de urgência previsto nos artigos 91.º e 92.º, para a intervenção urgente e aplicação da medida adequada, a lei não exige que haja já uma determinada situação de facto, que efetivamente esteja a por em causa a vida ou integridade física da criança ou jovem. II. A intervenção no âmbito desse procedimento de urgência, tem natureza preventiva e a finalidade de evitar um risco sério ou muito provável de perigo para a vida ou integridade física do menor ou jovem, que possa resultar de uma qualquer situação atual”

⁴¹⁹ Cfr., Paulo Pinto de Albuquerque – Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 2.ª ed. atualizada. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2010, pág. 481 e ss.

⁴²⁰ Cfr. João Vaz Rodrigues - O consentimento informado para o ato médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente). Coimbra : Coimbra Editora, 2001, pág.214-215; Geraldo Ribeiro - Quem decide pelos menores? (algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para atos médicos). Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde. A. 7 n. 14 (2010), pág.136 e 138.

⁴²¹ Cfr. Manuel da Costa Andrade - In Jorge Figueiredo Dias dir. - Comentário Conimbricense ao Código Penal – parte especial. Coimbra : Coimbra Editora, 2012. T. 1, pág. 603.

Em primeiro lugar, “não ser razoável, atentas as circunstâncias, ou ser impossível atento o tempo disponível, obter suprimento judicial do consentimento ou conseguir que o tribunal nomeie um curador especial para o efeito. Em segundo lugar, que a intervenção seja necessária para salvar a vida da criança, evitar lesão irreversível da sua saúde ou evitar um sofrimento prolongado. Por último, que apesar de todos os esforços razoáveis para obter o consentimento este tenha sido recusado sem razões justificativas”⁴²².

Para Maria do Céu Rueff, “consagra-se aqui uma deontologia da saúde, que vinculará todos os que se cruzem nela. [...] Mas deontologia que se repercute ainda nas relações que se estabelecem com a comunidade de todos os que têm direito à proteção da saúde”⁴²³.

Em tudo isto se traduz, que dever-se-á atender ao “interesse superior da criança”⁴²⁴. Este é um conceito indeterminado, mas a doutrina aponta-lhe um núcleo. Nas palavras de Maria Clara Sottomayor, correspondente à “estabilidade das condições de vida da criança, das suas relações afetivas e do seu ambiente físico e social”⁴²⁵.

A relevância do “interesse superior da criança”⁴²⁶ manifesta-se em dois níveis, constante nos preceitos legais já referidos anteriormente, como sejam: o artigo 36.º n.º 5 da Constituição, que atribui aos pais o dever de educação e manutenção dos filhos; o artigo 36.º n.º 6 da Constituição, que protege a adoção⁴²⁷; o artigo 67.º n.º 2, alínea d) da Constituição, que impõe ao Estado a incumbência de garantir o direito ao planeamento familiar, de molde a permitir o exercício de uma maternidade e paternidade; o artigo 69.º n.º 1 da Constituição, com o sentido e alcance já indicados supra; o artigo 1878.º do

⁴²² João Álvaro Dias - Procriação assistida e responsabilidade médica. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra : Coimbra Editora, 1996, pág. 289; e também, Cfr., Sérvulo Correia - As relações jurídicas na prestação de cuidados pelas Unidades de Saúde no Serviço Nacional de Saúde. Direito da Saúde e da Bioética, 1996, pág. 54, *apud* André Dias Pereira - O consentimento informado na relação médico-paciente : estudo de direito civil. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 324, nota 736.

⁴²³ Cfr., Maria do Céu Rueff - O segredo médico como garantia de não discriminação. Estudo de caso: HIV/Sida. Coimbra : Coimbra Editora, 2009, pág. 628 e ss.

⁴²⁴ O interesse superior da criança, de entre outros, surge ainda como princípio orientador, que se encontra previsto no artigo 4.º da Lei 147/99, de 01 de Setembro.

⁴²⁵ Cfr., Maria Clara Sottomayor - Quem são os verdadeiros pais? Adoção plena de menor e oposição dos pais biológicos. Direito e Justiça 2202/1, pág. 197, *apud* Jorge Duarte Pinheiro – Direito da família e das sucessões. Lisboa : AAFDL, 2005. V. 2, pág. 18.

⁴²⁶ Cfr., *Vide* neste sentido o artigo 3º n.º 1 da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de Novembro de 1989: “Todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança.”; A Recomendação n.º 874/99, da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, de 4 de Outubro de 1979; e a própria Constituição da República no n.º 1 artigo 64.º, ao mencionar que “Todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e a promover”.

⁴²⁷ Sendo certo que o artigo 1974.º do CC prevê que a que a adoção tem como finalidade o interesse superior da criança.

Código Civil, que estipula que o poder paternal é exercido no interesse dos filhos; e o artigo 1905.º do Código Civil, que determina que, quer o eventual acordo dos pais, quer a decisão do tribunal relativamente ao exercício do poder paternal, se submetam ao interesse do menor⁴²⁸.

Apesar de nestes casos ser necessária a intervenção do tribunal, o poder paternal deve ser respeitado e harmonizado em conformidade com os interesses do menor, pois, a própria Constituição consagra tal dever no artigo 36º n.ºs 5 e 6, sendo certo que a tutela da saúde e da vida do menor se sobrepõe ao exercício do poder paternal⁴²⁹.

Se a situação, embora de cariz urgente, permite aguardar decisão por algumas horas, esse expedito brevíssimo encontra-se previsto nos artigos 91.º e 92.º da Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro (Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo). Nele contém a comunicação do facto ao Ministério Público nos Tribunais de Família e Menores ou às Comissões de Proteção de Crianças e Jovens. Onde não existam tais tribunais de competência especializada, ao Ministério Público junto do tribunal da comarca, que requererá ao Juiz a adoção de providências urgentes, designadamente a suspensão do exercício do poder paternal⁴³⁰, sempre atuando no interesse superior da criança⁴³¹.

Aa situações de recusa reportam-se essencialmente, às Testemunhas de Jeová, em que os praticantes desta religião rejeitam ser submetidos a transfusões de sangue mesmo quando está em causa a vida, assim como, os seguidores da religião Ciência Cristã (*Christian Science*), que rejeitam todo o tipo de tratamentos médicos, exceto a utilização de analgésicos para aliviar a dor, encontrando na oração a única forma de neutralizar a doença⁴³².

⁴²⁸ Ou seja, no exercício do poder-dever em que se traduz o poder paternal, os pais devem ter em conta o especial interesse do filho. O artigo 1878.º do Código Civil refere explicitamente a necessidade de os pais velarem pela saúde dos filhos, sendo esta necessidade corroborada pelo Parecer n.º 8/91, do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República.

⁴²⁹ Cfr. Guilherme Oliveira - *Temas de direito da medicina*. 2.ª ed. aumentada. Coimbra : Coimbra Editora, 2005, pág. 245.

⁴³⁰ Cfr., artigo 91.º: “1- Quando exista perigo atual ou eminente para a vida da criança ou do jovem e haja oposição dos detentores do poder paternal [...] qualquer das entidades [...] tomam as medidas adequadas para a sua proteção imediata e solicitam a intervenção do tribunal ou das autoridades policiais”; artigo 92.º: “1- O Tribunal, a requerimento do Ministério Público, quando lhe sejam comunicadas as situações referidas no artigo anterior, profere decisão provisória no prazo de quarenta e oito horas, confirmando as providências tomadas para a imediata proteção da criança ou do jovem [...] determinando o que tiver por conveniente relativamente ao destino da criança ou do jovem”.

⁴³¹ Cfr., artigo 3.º da Convenção sobre os direitos da criança aprovada pelas Nações Unidas em Novembro de 1989, onde cita a expressão «*The best interest of the child*».

⁴³² Em Itália, os tribunais já condenaram os pais pelo crime de homicídio por terem impedido que o seu filho realizasse um tratamento médico vital. Esta decisão do Tribunal de Cassação de Cagliari, de 13 de Dezembro de 1983, que condena os pais, Testemunhas de Jeová, como responsáveis por homicídio

Seguindo as lições de André Dias Pereira que bem ilustra esta questão no domínio do Direito Internacional, surge a posição dos tribunais americanos⁴³³ e dos tribunais canadianos relativamente a esta temática.

Ambos os países consideram que o interesse do Estado no bem-estar dos menores predomina sobre a autoridade dos pais, sendo legítimo ordenar que se efetue um tratamento contra o desejo explícito dos pais, sempre que se prove que abster-se de atuar, produziria um dano grave para a criança perante a inexistência de terapias alternativas válidas⁴³⁴. A mesma doutrina vigora em França⁴³⁵ e na Áustria⁴³⁶.

Todavia, saber se a convicção religiosa do menor é análoga à dos seus representantes legais é difícil. Logo, quando o médico aceitar a recusa dos representantes legais, pode estar a desatender as crenças do menor⁴³⁷. Quer isto significar que ninguém pode dispor da vida de outrem, mesmo que do próprio filho se trate, apesar de a autoridade parental dever ser respeitada. Este respeito tem limites éticos e jurídicos, pelo que vemos como

(negligente) da sua filha, por terem impedido, desobedecendo a um mandato do Tribunal Tutelar de Menores, que a criança – afetada por uma anemia mediterrânea de especial gravidade, carente de periódicas transfusões sanguíneas – fosse transportada para o hospital para realizar o tratamento, pelo que foi necessário chamar a polícia; mas a demora mostrou-se fatal para a menina, que veio a falecer. O artigo 32.º do Código Deontológico Italiano prevê: “quando o paciente é menor ou incapaz, o consentimento informado deve ser dado pelo representante legal”. “Em caso de oposição a tratamentos necessários ou urgentes a favor de menores ou incapazes por parte do representante legal, o médico está obrigado a informar a autoridade judicial”. Cfr., André Dias Pereira - O consentimento informado na relação médico-paciente : estudo de direito civil. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 328, nota 741.

⁴³³ Nos EUA, em 1981 com o caso *State of Oregon versus Jensen*, o tribunal confirmou a decisão que retirava o poder paternal a um filho de 15 meses, de modo a que pudesse realizar uma operação a uma hidrocefalia, e que a não se efetuar causaria danos mentais graves, sem previsões de perigo de morte. Um outro caso, em 1972, o Supremo Tribunal de Iowa autorizou a realização de uma amigdalectomia, apesar da oposição do progenitor. Por último, em 1974, uma Testemunha de Jeová, tinha dado à luz um recém-nascido mas que necessitava de transfusões de sangue, caso contrário sofreria danos cerebrais irreversíveis. Perante a recusa dos pais, dada a sua orientação religiosa, o Hospital recorreu ao Tribunal Supremo de New Jersey, solicitando um mandado judicial para proceder à prática dos respetivos atos médicos. O Tribunal autorizou a intervenção, declarando, que “os pais podem ser livres, por razões religiosas, para ser mártires eles mesmos. Daí não resulta que sejam livres para fazer mártires os seus filhos, antes de estes alcançarem a idade do pleno discernimento”. Cfr., André Gonçalves Pereira - O consentimento informado na relação médico-paciente : estudo de direito civil. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 328, nota de rodapé 742.

⁴³⁴ Cfr., André Dias Pereira - O consentimento informado na relação médico-paciente : estudo de direito civil. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 328.

⁴³⁵ O artigo 43 do *Code de Déontologie Médicale* diz o seguinte: “Le médecin doit être le défenseur de l'enfant lorsqu'il estime que l'intérêt de sa santé est mal compris ou mal preserve par son entourage”. Segundo a nova redação da Lei de 4 de Março de 2002 do *Code de Santé publique*, o art. L. 1111-5 admite que o médico possa dispensar-se de obter o consentimento do (s) titular (es) da autoridade parental sobre as decisões médicas a tomar quando a intervenção é necessária para salvaguardar o bem-estar do menor. Cfr., André Dias Pereira - O consentimento informado na relação médico-paciente : estudo de direito civil. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 329, nota 744.

⁴³⁶ No caso de perigo eminente, o § 146c.3 ABGB prevê a possibilidade de se recorrer a tribunal, para que este autorize a intervenção ou nomeie outro representante. Cfr., André Dias Pereira - O consentimento informado na relação médico-paciente : estudo de direito civil. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 329, nota 745.

⁴³⁷ Cfr., Ana Amorim - O consentimento informado de menores : reflexões críticas sobre a lei actual. Lex Medicinæ - revista portuguesa de direito da saúde. A. 8, n. 15 (2011), pág. 125.

justificada a opção de o clínico agir de forma contrária às pretensões dos representantes legais, sempre que seja posta em risco a saúde e integridade física do menor.

O tema do suprimento do consentimento dos menores nos casos em que os representantes legais injustificadamente, e por motivos de ordem religiosa, recusem o tratamento médico indispensável para garantir a preservação da saúde e proteger a vida do filho, deve atender-se, já que o consentimento dos representantes não é uma emanção do seu direito de livre autodeterminação, mas sim a concretização de um dever de assistência. A ilegitimidade do exercício desse dever por contrariedade ao interesse geral do incapaz, capacita o médico, que poderá agir sempre que a intervenção seja em benefício do menor.

Como sugere Maria do Céu Rueff, “a função do médico é crucial para o doente e para a Comunidade, já que está nas suas mãos o exercício da medicina, o conhecimento dos sintomas da doença, o cumprimento do dever de segredo, e a concretização diária, persistente e sagrada do princípio da confiança [...]”⁴³⁸.

⁴³⁸ Cfr., Maria do Céu Rueff - O segredo médico como garantia de não discriminação. Estudo de caso: HIV/Sida. Coimbra : Coimbra Editora, 2009, pág. 628 e ss.

5. INTERVENÇÕES MÉDICAS INVASIVAS – QUESTÕES CONEXAS

5.1. INTERVENÇÕES MÉDICAS

As intervenções médicas mais invasivas e em teoria acarrete consequências mais gravosas para o paciente, implicam a obtenção de um consentimento expresso, que revele uma manifestação de vontade inequívoca do paciente ou do seu representante, devendo este ser efetuado por escrito.

A lei garante, desta forma, uma maior segurança jurídica para as partes envolvidas neste tipo de intervenções, até porque, em determinados casos, exige-se a intervenção de outras entidades no processo de consentimento. Esta participação pode partir de uma entidade adicional, que pode ser o tribunal, uma comissão, ou mesmo uma equipa composta por vários médicos, e ocorre quando o paciente for sujeito a uma intervenção mais agressiva. Mas também devido à sua especial debilidade, tendo como finalidade verificar se os melhores interesses do paciente estão a ser garantidos e salvaguardados.

O tribunal pode ser chamado a intervir em situações de colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana, quando o dador é um menor, tal como prevê o artigo 8º n.º 3 da Lei n.º 22/2007, de 29 de Junho, e na alínea iv) do n.º 2 do artigo 20º da CEDH Bio. No caso da realização de ensaios clínicos, é obrigatório o parecer favorável do centro de estudo clínico, sem o qual o estudo não pode ser realizado (artigo 16.º n.º 2 da Lei n.º 21/2014, de 16 de Abril).

5.1.1. COLHEITA E TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS DE ORIGEM HUMANA

A Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, relativa à Colheita e Transplante de Órgãos e Tecidos de Origem Humana, foi atualizada pela Lei n.º 22/2007, de 29 de Junho, que transpôs, parcialmente, para a ordem jurídica nacional, a Diretiva N.º 2004/23/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março e, pela Lei n.º 12/2009, de 26 de Março. A versão mais recente do diploma em questão corresponde à Lei n.º 36/2013, de 12 de Junho, e é sobre esta que nos iremos debruçar de seguida.

A medicina transplantacional tem permitido a melhoria da qualidade de vida de inúmeros cidadãos, sendo o sistema português de transplantes um dos melhores da Europa,

garantindo a proteção entre transplantados, nomeadamente no que concerne a menores.

O artigo 6.º n.º 4 refere que, “são sempre proibidas a dádiva e a colheita de órgãos ou de tecidos não regeneráveis quando envolvam menores ou outros incapazes”, impondo, ainda, o n.º 5 do mesmo artigo a verificação cumulativa de três condições para a sua realização: “a dádiva e a colheita de órgãos, de tecidos ou de células regeneráveis que envolvam menores ou outros incapazes só podem ser efetuadas quando se verificarem os seguintes requisitos cumulativos: a) Inexistência de dador capaz compatível; b) O recetor ser irmão ou irmã do dador; c) A dádiva ser necessária à preservação da vida do recetor”, dependendo assim de autorização judicial, de modo a que sejam salvaguardados os interesses dos adultos incapazes, ou seja, nos casos em que se trata de um adulto incapaz por anomalia psíquica, é obrigatória a autorização judicial (artigo 8.º, n.º 5 da Lei 36/2013, de 12 de Junho).

É ainda necessária a existência de formalidades no momento em que o consentimento informado é prestado. O artigo 8.º n.º 1 aponta nesse sentido: “o consentimento do dador e do recetor deve ser livre, esclarecido, informado e inequívoco e o dador pode identificar o beneficiário”. Sendo esse “consentimento do dador ou do representante legal é prestado por escrito podendo ser livremente revogado” (artigo 8.º, n.º 6).

Com a reforma da lei em 2007 o legislador não redigiu a lei em conformidade com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina. Com efeito, esta exige que o consentimento seja “prestado de forma expressa e específica, quer por escrito, quer perante uma instância oficial” (artigo 19.º, n.º 2). Ora, o legislador não exigiu o consentimento escrito prevendo apenas que este seja prestado perante “um médico designado pelo diretor clínico que não pertença à equipa de transplante.”

Poder-se-á colocar aqui a dúvida se o consentimento prestado perante o diretor clínico é suficiente, na medida em que não é equiparável a uma “instância oficial” para efeitos da Convenção. Por estes motivos, e fazendo uma interpretação conforme à Convenção, o consentimento para a doação e receção de órgãos e tecidos humanos deva ser feito por escrito.

Também a CEDH Bio prevê no artigo 20.º, a proibição de colheita de órgãos ou de tecidos em pessoas que careçam de capacidade para prestar o seu consentimento (n.º 1), apenas permitindo, excecionalmente, e atribuindo um carácter especial aos casos

expressos no n.º2: “i) Quando não se disponha de dador compatível gozando de capacidade para prestar consentimento; ii) O recetor for um irmão ou uma irmã do dador; iii) A dádiva seja de natureza a preservar a vida do recetor; iv) A autorização prevista nos números 2 e 3 do artigo 6º tenha sido dada de forma específica e por escrito, nos termos da lei e em conformidade com a instância competente; v) O potencial dador não manifeste a sua oposição”.

O consentimento é encarado pela lei de transplante de órgãos e tecidos de origem humana como um aspeto fundamental, sendo mesmo “inaceitável a consideração de outras causas de justificação” (v. g. o direito de necessidade⁴³⁹ ou mesmo o consentimento presumido)⁴⁴⁰. Assim, “o médico deve informar, de modo leal, adequado e inteligível, o dador e o recetor dos riscos possíveis, das consequências da dádiva e do tratamento e dos seus efeitos secundários, bem como dos cuidados a observar ulteriormente” (artigo 7º). O potencial dador deve ser informado não só dos perigos típicos da intervenção, como todos os admissíveis (nomeadamente os riscos de sobrevivência com apenas um órgão), bem como acerca da margem de sucesso ou fracasso do transplante a efetuar⁴⁴¹.

5.1.2. ENSAIOS CLÍNICOS

Quanto a esta matéria, foi criado um novo Regulamento Europeu, o Regulamento (UE) n.º 536/2014 que revoga a Diretiva 2001/20/CE.

Entrou em vigor, no ordenamento jurídico português, a nova lei da Investigação Clínica, a Lei n.º 21/2014, de 16 de Abril, que revogou a Lei n.º 46/2004, de 24 de Agosto aprovou o regime jurídico aplicável à realização de ensaios clínicos com medicamentos de uso humano.

A grande diferença relativamente à lei que vigorava anteriormente, é que a Nova Lei aplica-se a toda a investigação clínica, ou seja, a todos os estudos clínicos, cuja realização depende do parecer favorável da Comissão de Ética Competente (CEC). Para além deste parecer, a realização de ensaios clínicos com intervenção de

⁴³⁹ Cfr., Paula Ribeiro de Faria - Aspetos Jurídico-Penais dos Transplantes. Universidade Católica Portuguesa Editora, Porto, 1995, pág. 28.

⁴⁴⁰ Cfr., Paula Ribeiro de Faria Paula Ribeiro de Faria - Aspetos Jurídico-Penais dos Transplantes. Universidade Católica Portuguesa Editora, Porto, 1995, pág. 24.

⁴⁴¹ Cfr., Paula Ribeiro de Faria - Paula Ribeiro de Faria - Aspetos Jurídico-Penais dos Transplantes. Universidade Católica Portuguesa Editora, Porto, 1995, pág. 28.

dispositivos médicos ou de produtos cosméticos e de higiene corporal carece de autorização do Conselho Diretivo do Infarmed, nos termos do artigo 25.º da Nova Lei, mantendo-se a regra que vigorava anteriormente na Lei Antiga.

A Lei n.º 21/2014, de 16 de Abril tem um âmbito de aplicação muito amplo, pois regula toda a investigação científica que se encontra abrangida pela definição legal prevista no artigo 1.º: “A presente lei regula a investigação clínica, considerada como todo o estudo sistemático destinado a descobrir ou a verificar a distribuição ou o efeito de fatores de saúde, de estados ou resultados em saúde, de processos de saúde ou de doença, do desempenho e, ou, segurança de intervenções ou da prestação de cuidados de saúde”.

Assim, além de regular os ensaios clínicos com medicamentos de uso humano e com dispositivos médicos, a Nova Lei, abrange, igualmente, todos os estudos clínicos, isto é, aplica-se não só a estudos clínicos com intervenção (de carácter experimental) mas também a estudos clínicos sem intervenção (os medicamentos que são prescritos).

No que respeita a ensaios clínicos propriamente ditos, a Lei estabelece designadamente: i) o regime da realização de ensaios clínicos com medicamentos de uso humano⁴⁴², e, ii) o regime da investigação clínica de dispositivos médicos⁴⁴³.

Relativamente aos participantes no estudo clínico, são estabelecidas disposições específicas, nomeadamente as condições mínimas de proteção desses participantes, bem como, respeitantes à participação de menores e incapazes no estudo clínicos, e ainda, relativas a disposições atinentes ao consentimento informado (artigos 6.º e 8.º da Lei).

Neste sentido, e nos termos do artigo 6.º, n.º 1, o estudo só pode realizar-se em relação ao participante no estudo ou, nos casos previstos nos artigos 7.º e 8.º, ao seu representante. Porém, têm de estar cumpridos os seguintes requisitos: a) - em entrevista prévia com o investigador, lhe forem explicados, de modo completo e em linguagem adequada à sua capacidade de compreensão, os objetivos, os riscos e os inconvenientes do estudo clínico, bem como as condições em que este é realizado; b) - na entrevista referida na alínea anterior, for informado do direito que lhe assiste de, a qualquer momento, se retirar do estudo clínico sem que tal implique qualquer alteração

⁴⁴² Decorrente da transposição da Diretiva n.º 2001/20/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Abril e que será revogada com a aplicação do novo Regulamento dos Ensaio Clínicos.

⁴⁴³ Decorrentes da transposição parcial da Diretiva n.º 2007/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Setembro.

nos cuidados de saúde que lhe são, ou venham a ser prestados; c) - estiver assegurado o direito à integridade moral e física do participante, bem como o direito à privacidade e à proteção dos dados pessoais que lhe dizem respeito, de harmonia com o respetivo regime jurídico; d) - for obtido o consentimento informado nos termos da presente lei; e) - existir um seguro que cubra a responsabilidade civil do promotor e do investigador, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 15.º; f) - os cuidados de saúde dispensados e as decisões clínicas tomadas em relação ao participante forem da responsabilidade de um profissional de saúde devidamente qualificado para as mesmas; g) - for designado um contacto, junto do qual o participante pode obter informações mais detalhadas; h) - não forem concedidos quaisquer incentivos ou benefícios financeiros, sem prejuízo do reembolso das despesas e do ressarcimento pelos prejuízos sofridos com a participação no estudo clínico.

Quanto aos participantes menores, o disposto no artigo 7.º para além de outros requisitos impostos por lei, manda aplicar cumulativamente os seguintes requisitos: a) - for obtido o consentimento informado do menor com idade igual ou superior a 16 anos e do seu representante legal ou, no caso de o menor ter idade inferior à referida, do seu representante legal, o qual deve refletir a vontade presumível do menor, podendo, em ambos os casos, o consentimento ser revogado a todo o tempo, sem prejuízo para o menor;

b) - O menor tiver recebido informações sobre o estudo clínico e os respetivos riscos e benefícios, adequadas à sua capacidade de compreensão; c) - o investigador ou, se for esse o caso, o investigador principal respeitar a vontade expressa do menor que seja capaz de formar uma opinião e avaliar as informações de se recusar a participar ou de se retirar do estudo clínico a qualquer momento.

Além destes requisitos, a Lei n.º 46/2004, de 19 de Agosto previa outros, contidos nas alíneas d), e), f), g) e h) que correspondiam essencialmente à incapacidade de exercício do menor, ao qual não seguiu a adesão por parte da Lei n.º 21/2014, de 16 de Abril que manda aplicar, para além dos requisitos previstos no n.º 1, os respeitantes ao n.º 2⁴⁴⁴ do artigo 7.º.

⁴⁴⁴ Artigo 7.º, n.º 2: a) Se verifiquem os requisitos referidos no número anterior; b) Tiver uma relação direta com o quadro clínico do menor ou, pela sua natureza, apenas possa ser realizado em menores e comporte benefícios diretos para o grupo de participantes, sendo essencial para validar dados obtidos em estudos realizados em pessoas capazes de dar o consentimento informado ou obtidos através de outros métodos de investigação; c) Tiver sido concebido para prevenir a doença ou o mal-estar, reabilitar, para minimizar a

A própria lei, no n.º 1 do artigo 7.º, exige como requisito para participação num estudo clínico, o consentimento do menor com idade igual ou superior a 16 anos e do seu representante legal, ou, no caso do menor ter idade inferior a 16 anos, apenas o consentimento do seu representante legal. Contudo, ainda que se exija a intervenção dos progenitores para que a participação no estudo clínico seja considerada válida, a própria lei exige que essa atuação “deve refletir a vontade presumível do menor”, ou seja, uma vez mais, os representantes legais do menor atuam não no interesse deles, mas no interesse do menor.

Nesta alínea passou-se a exigir expressamente o requisito da idade do menor ser igual ou superior a 16 anos para a obtenção do consentimento, condição essa que não vigorava no mesmo artigo da Lei n.º 46/2004, de 19 de Agosto.

No caso de menores, não apenas os detentores do poder de representação devem receber a informação e prestar o consentimento, mas também eles.

Confere-se, assim, o chamado “direito de veto”, isto é, apesar de serem os representantes que têm o direito de autorizar a participação no ensaio clínico, ao incapaz que seja capaz de formar uma opinião e avaliar as informações é conferida a faculdade de manifestar “o desejo expresso de se recusar a participar ou de se retirar do ensaio a qualquer momento” (alínea c), do n.º 1 do artigo 7.º). Uma vez mais se verifica, neste caso, uma certa autonomia por parte dos menores, manifestando a sua posição no que considera ser o mais adequado para a sua saúde.

Existem ainda dois outros requisitos, previstos na lei, onde se verifica uma especial atenção aos interesses do menor. São eles: o fornecimento ao menor de informações acerca do estudo clínico, bem como, os respetivos riscos e benefícios, sendo tido em conta a sua capacidade de compreensão (alínea b) do n.º 1 do artigo 7.º); e, o respeito pela vontade expressa do menor que seja capaz de formar uma opinião e avaliar as informações de se recusar a participar ou de se retirar do estudo clínico a qualquer momento (alínea c) do n.º 1, do artigo 7.º).

No mesmo sentido já havia apontado Costa Andrade ao afirmar que, “a vontade do representante não pode sobrepor-se à do incapaz que de qualquer forma, tenha o

dor, o mal-estar, o medo ou qualquer outro risco previsível relacionado com a doença e com o grau de sofrimento desta, devendo o limiar do risco e o grau de sofrimento serem especificamente fixados e objeto de permanente verificação.

discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta”, tendo por base o artigo 38º n.º 2 do Código Penal⁴⁴⁵.

Todavia, ainda que a Lei n.º 21/2014, de 16 de Abril exija o preenchimento cumulativamente destes requisitos para que os ensaios clínicos possam ser praticados na pessoa do menor, o n.º 3 do artigo 7.º, permite à Comissão de Ética Competente (CEC)⁴⁴⁶, de forma fundamentada e a título excecional, dispensar os requisitos exigidos no n.º 1 do artigo 7.º, nos estudos clínicos sem intervenção.

Parece-nos quanto a nós, uma manifestação clara de emancipação médica no sentido de reconhecimento à criança dos direitos ao seu próprio corpo, assumindo esta uma total independência no que concerne à tomada de decisões respeitantes a estudos clínicos sem intervenção, afastando-se, neste sentido a intervenção dos representantes legais em matéria de consentimento informado.

Também o Código Deontológico da Ordem dos Médicos regulamenta esta matéria nos artigos 76º a 84º. O artigo 76º permite a experimentação humana de novas técnicas ou ensaios clínicos de medicamentos, nos casos em que “o bem do indivíduo deve prevalecer sobre os interesses da ciência e da comunidade”, desde que seja respeitada a sua integridade física e psíquica e seja realizada por um médico qualificado.

O artigo 78º refere-se a situações especiais, especificamente, ao caso dos incapazes, ao prever que, “a experimentação em menores e incapazes é eticamente admissível, desde que diretamente ditada pelo interesse dos mesmos.”

Por sua vez, o artigo 81º garante um direito de esclarecimento e informação rigoroso ao estabelecer que, “o esclarecimento por parte do médico investigador deve ser dado nos termos do artigo 44º, com adaptações e, ainda, com menção dos riscos, consequências e benefícios previsíveis, bem como dos métodos e objetivos prosseguidos.”

O artigo 82º exige que o consentimento deva ser feito por escrito e prevê a faculdade de o paciente interromper a experimentação a qualquer momento, sem qualquer perda

⁴⁴⁵ Cfr., Manuel da Costa Andrade, *apud* André Dias Pereira - O consentimento informado na relação médico-paciente : estudo de direito civil. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, pág. 337, nota n.º 765.

⁴⁴⁶ Artigo 2.º, al. i), da Lei n.º 21/2014, de 16 de Abril: «Comissão de ética competente (CEC)», a comissão encarregue de emissão do parecer previsto na presente lei, podendo ser a CEIC, a CES que funciona no centro de estudo clínico envolvido, ou a CES designada pela CEIC para esse fim;

de direitos, sendo obrigação do médico prestar todas as informações adicionais que se julguem necessárias.

A CEDH Bio tem um capítulo destinado à investigação científica, nos artigos 15º a 18º e estatui que, para se realizar uma investigação sobre uma pessoa, é necessário que não existam métodos de investigação alternativos com resultados idênticos, que o projeto de investigação seja aprovado pela instância competente, que a pessoa seja devidamente informada dos seus direitos e garantias e, por fim, que o seu consentimento seja prestado de forma expressa e por escrito, sendo livremente revogável.

O artigo 17º prevê, especificamente, o caso das pessoas que carecem de capacidade para consentir e determina que, “nenhuma investigação pode ser levada a efeito sobre uma pessoa que careça, nos termos do artigo 5.º, de capacidade para nela consentir senão quanto estiverem reunidas as seguintes condições: i) - as condições enunciadas no artigo 16.º, alíneas i) a iv), estejam preenchidas; ii) - os resultados da investigação comportarem um benefício real e direto para a sua saúde; iii) - a investigação não possa ser efetuada com uma eficácia comparável sobre sujeitos capazes de nela consentir; iv) - a autorização prevista no artigo 6.º tenha sido dada especificamente e por escrito; e v) - a pessoa em causa não tenha manifestado a sua oposição.”

O n.º 2 deste artigo acrescenta que, “a título excepcional e nas condições de proteção previstas na lei, uma investigação cujos resultados não comportam um benefício direto para a saúde da pessoa envolvida pode ser autorizada se estiverem reunidas as condições enunciadas nas alíneas i), iii), iv) e v) do anterior n.º1, bem como as seguintes condições suplementares: i) A investigação tenha como finalidade contribuir, através de uma melhoria significativa do conhecimento científico do estado de saúde da pessoa, da sua doença ou perturbação, para obtenção, a prazo, de resultados que permitam um benefício para a pessoa em causa ou para outras pessoas do mesmo grupo etário ou que sofram da mesma doença ou perturbação ou apresentando as mesmas características; ii) A investigação apenas apresente um risco mínimo, bem como uma coação mínima para a pessoa em questão.”

O Protocolo Adicional sobre Investigação Biomédica também prevê, no artigo 18º n.º1 alínea v), que o incapaz deve, na medida das suas capacidades, participar na decisão.

6. CONCLUSÃO

Após o estudo a que nos propusemos analisar, cabe de seguida apresentar as seguintes conclusões acerca desta dissertação.

O consentimento informado como doutrina que serviu de base para a nossa exposição, merece apoio no nosso ordenamento jurídico e no âmbito do direito comparado, em documentos e normas internacionais.

Essas normas refletem-se, particularmente, nos direitos fundamentais consagrados nos Artigos 1.º, 25.º, e 26.º da Constituição, complementadas pela lei penal portuguesa, pelos Artigos 38.º, 39.º, 149.º, 150.º, 156.º e 157.º do Código Penal, e ainda, pela lei civil, nos Artigos 70.º e 340.º do Código Civil. Sem esquecer os restantes diplomas e legislação específica de Direito Médico.

O Consentimento informado, prévio à realização de um determinado ato médico, surge, assim, como forma de garantir e respeitar os direitos dos pacientes, ao contrário do chamado Paternalismo Clínico segundo o qual o médico podia omitir o verdadeiro estado de saúde do doente, sendo prática normal não o esclarecer quanto ao diagnóstico, riscos e tratamentos a efetuar.

No entanto, essa *praxis* foi ultrapassada, surgindo a partir da segunda metade do século XX, um conjunto de condições decisivas para a integração do valor da autonomia do paciente no exercício da medicina, acompanhada de um fenómeno de democratização do conhecimento, onde se criaram as bases necessárias para uma maior consciencialização dos cidadãos, e por conseguinte, à incrementação de uma mentalidade mais reivindicativa. A evolução do pensamento e dos conhecimentos humanos e, conseqüentemente, a evolução das sociedades, levou a que o princípio da beneficência e o exercício autocrático da medicina fossem progressivamente questionados pelos diferentes valores, culturas e morais. Circunstâncias essas que, de certa forma, contribuíram para um desenvolvimento histórico crucial, em que a livre vontade do individuo passa a ser respeitada enquanto tal, valorando-se em si mesmo.

Assim, parece-nos que a autodeterminação se centra na faculdade de escolha do paciente entre consentir ou não numa intervenção ou tratamento médico-cirúrgico que a ele respeita. O consentimento, manifestando-se através de um *acordo*, se livre e esclarecido, não conduz à renúncia do bem jurídico protegido mas, antes, a sua

realização. Assim, consideramos que, para que esse *acordo* seja considerado válido nos termos do artigo 156.º do Código Penal, não terá de seguir os requisitos impostos pelo artigo 38.º do Código Penal.

Não obstante, porém, importa referir que esse acordo deve de obedecer a padrões que o tornem válido e eficaz, assim como ao controlo e supervisão por parte dos profissionais de saúde, especializados, da capacidade, discernimento e competência dos menores no momento de prestarem o seu consentimento, compreendendo-se, assim, que a autodeterminação dos menores não se encontra diretamente *espelhada* na idade que estes detêm.

Em boa verdade, a maturidade e a capacidade cognitiva e volitiva que o menor emprega para entender, assimilar, relacionar e conectar-se com o que o rodeia, surgem num momento temporal que ocorre progressivamente, onde o menor passa a ser *maior* e merecedor de exercer a sua autonomia.

Contudo, e sendo o desenvolvimento cognitivo o processo segundo a qual o menor adquire formas de ação, pensamento e emoção, progressivamente mais elaboradas e complexas, é fundamental uma concreta avaliação do médico. Cabe a este criar uma relação de confiança e empatia, e nesse sentido, avaliar, naquele processo clínico em concreto, a capacidade ou incapacidade do menor, o seu grau de maturidade, inteligência e discernimento, o seu sentido de responsabilidade, a sua capacidade de aprendizagem e de interiorização daquilo que lhes possam transmitir, de maneira a que esteja em condições de consentir ou dissentir no tratamento clínico. Não estando o médico apenas vinculado à idade etária mas, antes, à demonstração de discernimento necessário de acordo com a sua prévia avaliação clínica.

O Consentimento não é, nem pode ser visto, como uma simples formalidade, pois para além de ser a responsabilidade moral, ética e profissional do médico, tem como fim consciencializar o paciente do seu estado clínico. Não obstante, o consentimento informado para ser válido e eficaz, necessita de ser prestado por uma pessoa capaz, livre e informada; quando isso não ocorre, será necessário suprir essa incapacidade.

Será o caso dos menores de 16 anos, em que a lei não lhes reconhece capacidade para consentir em tratamentos médico, cabendo essa função aos seus representantes legais (pais ou, subsidiariamente, através da tutela). Todavia, há hoje um maior respeito pela autonomia destes sujeitos e pelos seus direitos a participar nas decisões que lhes digam

respeito. A própria lei reconhece que a intervenção dos pais vai diminuindo à medida que os filhos vão crescendo e ganhando maturidade, justificado pelo desenvolvimento e evolução da sociedade, tornando-os capazes de formar as suas próprias convicções e expressar as suas ideias, as quais devem ser tomadas em consideração.

Sendo o desenvolvimento moral o processo através do qual o ser humano adquire sensibilidades, atitudes, valores, capacidades e predisposição para agir como ser moral, a decisão vai ser naturalmente influenciada pelo nível de desenvolvimento pessoal e pelo impacto das suas decisões.

Para além da competência legal atribuída aos jovens maiores de 16 anos, a lei contempla hipóteses de consentimento informado em adolescentes menores de 16 anos mediante algumas figuras jurídicas da legislação anglo-saxónica, designadamente a de “menor emancipado” (adolescente economicamente independente e não coabitando com a família, menores casados, grávidas ou pais, militares e menores emancipados legalmente) e a do “menor maduro” (adolescentes dos 14 aos 16 anos aos quais é reconhecida capacidade de decisão e consentimento em situações específicas – consultas de planeamento familiar para contraceção oral, tratamento de doenças sexualmente transmissíveis ou pedido de tratamento em caso de comportamentos aditivos, tal como o alcoolismo ou toxicodependência) que não impliquem risco de vida ou para benefício de outrem, sem necessidade de consentimento parental.

Por outro lado, e porque compreendemos que esta capacidade difere de jovem para jovem, atendendo aos seus diferentes níveis de compreensão e desenvolvimento moral, consideramos que, nesses casos, deve prevalecer a representação legal por parte dos progenitores ou tutores, sempre agindo atendendo aos melhores interesses do menor, de modo a levar, a “bom porto”, na prática clínica, o consentimento informado dos menores no âmbito de tratamentos médicos terapêuticos. No entanto, acreditamos que essa representação legal deve se atuar em casos estritamente necessários, sofrendo algumas limitações, quando estamos perante circunstâncias que levam à discórdia e à recusa dos pais, motivadas, algumas das vezes, por questões ideológicas, comprometendo o processo clínico, e desse modo colocar em risco a saúde, o bem-estar, e a vida dos seus filhos.

Defendemos, por isso, que os critérios que caracterizam a autodeterminação e autonomia dos menores, devam ser mais justos e adequado à sociedade atual, na medida em que a liberdade pessoal e a autodeterminação constitui um bem jurídico

peçoalíssimo, assim como, são lhes reconhecidos direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana e a integridade física e moral, e direitos de personalidade, como o direito à vida, o direito à saúde, o direito ao livre desenvolvimento e à liberdade pessoal, que só a eles respeita.

Creemos, ainda, que maturidade e a capacidade de discernimento do menor se adquire gradualmente, *passo-a-passo*, assim como a autonomia e a autodeterminação, não estando diretamente relacionadas com a idade.

Ora, pelo exposto, parece-nos exequível reconhecer-lhes capacidade em determinados grupos etários, e neste sentido, acreditamos, que o não estabelecimento de uma idade fixa imposta pelo artigo 38.º do Código Penal, proporcionar-lhes-ia uma maior participação no processo clínico, permitindo aos menores que hajam como verdadeiros detentores do bem jurídico protegido, indicado no artigo 156.º do Código Penal.

REFERÊNCIAS

ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DE SAÚDE DO NORTE – Documento - guia sobre consentimento informado [Em linha]. [S.l.] : Administração Regional de Saúde do Norte, 2009. Este texto integra os principais assuntos debatidos no “Seminário sobre o consentimento informado e o papel das Comissões de Ética para o seu correcto uso” organizado em 30/09/2009 pelas Comissões de Ética para a Saúde da região norte e destina-se a ser um documento de orientação, sem carácter vinculativo. [Consult. 19 Mai. 2015]. Disponível em WWW:<URL: http://portal.arsnorte.min-saude.pt/portal/page/portal/ARSNorte/Comiss%C3%A3o%20de%20%C3%89tica/Ficheros/Consentimento_Informado_Doc_Guia.pdf>.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 2.^a ed. atualizada. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2010.

ALFAIATE, Ana Rita - A relevância penal da sexualidade dos menores. Coimbra : Coimbra Editora, 2009.

AMORIM, Ana - O consentimento informado de menores : reflexões críticas sobre a lei actual. Lex Medicinæ - revista portuguesa de direito da saúde. A. 8, n. 15 (2011) 113-128.

ANDRADE, Manuel da Costa - Artigo 150.^o - Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos. In DIAS, Jorge Figueiredo dir. - Comentário Conimbricense ao Código Penal – parte especial. Coimbra : Coimbra Editora, 2012. T. 1, p. 457-475.

ANDRADE, Manuel da Costa - Artigo 156.^o - Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários. In DIAS, Jorge Figueiredo dir. - Comentário Conimbricense ao Código Penal – parte especial. Coimbra : Coimbra Editora, 2012. T. 1, p. 595-631.

ANDRADE, Manuel da Costa - Artigo 157.^o - Dever de esclarecimento. In DIAS, Jorge Figueiredo dir. - Comentário Conimbricense ao Código Penal – parte especial. Coimbra : Coimbra Editora, 2012. T. 1, p. 632-640.

ANDRADE, Manuel da Costa - Consentimento e acordo em direito penal. Coimbra : Coimbra Editora, 2004.

ANDRADE, Manuel da Costa - Consentimento em direito penal médico – o consentimento presumido. Revista portuguesa de ciência criminal. A 14, n. 1-2 (Janeiro-Junho de 2004) 117-148.

ANDRADE, Manuel da Costa - Direito penal médico – sida : testes arbitrários, confidencialidade e segredo. Coimbra : Coimbra Editora, 2004.

ASCENSÃO, José de Oliveira - Direito civil – teoria geral. 2.^a ed. Coimbra : Coimbra Editora, 2000. V. 1.

BRITO, Teresa Quintela de - Responsabilidade penal dos médicos : análise dos principais tipos incriminadores. Revista portuguesa de ciência criminal. A. 12, n. 3 (Julho-Setembro 2002) 371-409.

CANOTILHO, José Gomes ; MOREIRA, Vital - Constituição da República Portuguesa Anotada. 3.^a ed. Coimbra : Coimbra Editora, 1993.

CANOTILHO, José Gomes ; MOREIRA, Vital - Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4.^a ed. Coimbra : Almedina, Coimbra Editora, 2000.

CARMO LÉON, González - La proteccion del paciente y el consentimiento informado. Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde. A. 6, n. 12, (2009) 15-32.

CARTA INTERNACIONAL dos Direitos Humanos : Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. In PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA - Gabinete de Documentação e Direito Comparado [Em linha]. Lisboa : PGR. [Consult. 02 Abr. 2015]. Disponível em WWW:<URL: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html>>..

CARVALHO, Orlando de - Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra : Coimbra Editora, 2012.

COELHO, Francisco Pereira ; OLIVEIRA, Guilherme de - Curso de direito da família : introdução ao direito matrimonial. 3.^a ed. Coimbra : Coimbra Editora, 2003. V. 1.

CONSEIL NATIONAL DEL'ORDRE DES MÉDECINS - Code de Déontologie Médicale [Em linha]. Paris: Conseil National del'ordre des Médecins. [Consul. 10 Mar. 2015]. Disponível em WWW: <URL:<http://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/codedeont.pdf>>..

CONSELHO DA EUROPA - Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina. In PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA - Gabinete de Documentação e Direito Comparado [Em linha]. Lisboa : PGR. [Consult. 20 Mar. 2015]. Disponível em WWW:<URL: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html>>.

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA - Parecer sobre aspectos éticos dos cuidados de saúde relacionados com o final da vida : (11/cnecv/95) [Em linha]. Lisboa : CNECV, 1995. [Consult. 14 Mar. 2015]. Disponível em WWW:<URL: http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273059417_P011_FinalDaVida.pdf>.

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA – Parecer sobre objecção ao uso de sangue e derivados para fins terapêuticos por motivos religiosos : parecer nº 46 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida [Em linha]. Lisboa : CNEVC, 2005. 46/CNECV/05. [Consult. 14 Mar. 2015]. Disponível em WWW:<URL: http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273054487_P046_ParecerTestemunhasJeova.pdf>.

CORDEIRO, António Menezes - Tratado de direito civil português. 4.^a ed. Coimbra : Almedina, 2012. V. 1, t. 3.

CORREIA, José Sérvulo - As Relações Jurídicas na Prestação de Cuidados pelas Unidades de Saúde no Serviço Nacional de Saúde. In CURSO DE DIREITO DA SAÚDE E BIOÉTICA, 2, Lisboa, 1993 - Direito da saúde e bioética : comunicações do II Curso de direito da saúde e bioética organizada pela Faculdade de Direito de Lisboa e a Escola Nacional de Saúde Pública, em Fev. 1993. - Lisboa : AAFDL, 1996. P. 11-74.

COSTA, José de Faria - Em redor da noção de ato médico. Revista de Legislação e Jurisprudência. A. 138, n. 3954 (Janeiro-Fevereiro de 2009) 126-137.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem. In PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA - Gabinete de Documentação e Direito Comparado [Em linha]. Lisboa : PGR. [Consult. 02 Abr. 2015]. Disponível em WWW:<URL:<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh.html>>.

DECRETO-LEI n.º 323/D/2000. D.R. I-A série [Em linha]. N. 292 (20 Dez. 2000) 7408-7421. [Consult. 09 Mar. 2015]. Disponível em WWW:<URL: http://www.cnpcjr.pt/preview_documentos.asp?r=1035&m=PDF>.

DECRETO-LEI n.º 60/2003, de 01 de Abril : cria a rede de cuidados de saúde primários. PORTUGAL. Ministério da Saúde. Infarmed - Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, IP. – Infarmed : Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, IP. [Em linha]. Lisboa : Infarmed. [Consult. 23 Mar. 2015]. Disponível em WWW:

<URL:https://www.infarmed.pt/portal/page/portal/INFARMED/LEGISLACAO/LEGISLACAO_FARMACEUTICA_COMPILADA/TITULO_I/decreto_lei_2060-2003.pdf>.

DIAS, Augusto Silva - Direito penal : parte especial : crimes contra a vida e a integridade física. 2.ª ed., revista e atualizada. Lisboa : AAFDL, 2007.

DIAS, João Álvaro - Procriação assistida e responsabilidade médica. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra : Coimbra Editora, 1996.

DIAS, João Álvaro - Responsabilidade, informação, consentimento e confidencialidade. Revista Portuguesa do Dano Corporal. V. 3, n. 4 (Maio 1994) 9-32.

DIAS, Jorge de Figueiredo - Direito penal, parte geral : questões fundamentais : a doutrina geral do crime. Coimbra : Coimbra Editora, 2004. T. 1.

DIAS, Jorge de Figueiredo ; MONTEIRO, Jorge Sinde - Responsabilidade médica em Portugal. Separata do Boletim do Ministério da Justiça. ISSN 0870-337X. N. 332 (Janeiro 1984) 21-79.

ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE - Consentimento Informado : Relatório Final [Em linha]. Porto : Entidade Reguladora da Saúde, 2009. [Consult. 19 Fev. 2015]. Disponível em WWW:<URL:https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/73/Estudo-CI.pdf>.

ESTORNINHO, Maria João e MACIEIRINHA, Tiago - Direito da Saúde : lições. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2014.

ÉVORA. Tribunal da Relação - Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 08-04-2004, Processo n.º 683/05.5TAPTG.E1. Acórdãos TRE [Em linha]. Relator Correia Pinto. [Consult. 15 de Abril de 2015]. Disponível em WWW:<URL:<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/b2e4fba68a712d6180257de100575003?OpenDocument>>.

FARIA, Maria Paula Ribeiro de - A Lei do Sangue : ou o conflito entre o respeito pela autonomia da pessoa e a defesa da vida e da integridade física. Direito e Justiça : Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. V. 12, t. 1 (1998) 259-277

FARIA, Paula Ribeiro de - Aspetos Jurídico-Penais dos Transplantes. Porto : Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.

FAVEIRO, Vítor António Duarte ; ARAÚJO, Laurentino da Silva – Código Penal Português anotado. 3.^a ed. Coimbra : Coimbra Editora, 1960.

FIGUEIREDO, Amorim Rosa de - O Consentimento em saúde – consentimento em menores num serviço de Pediatria. Porto : Faculdade de Medicina do Porto, Serviço de Bioética e Ética Médica, 2004.

FRANÇA. Leis, decretos, etc. - Code de Santé Publique. In Legifrance. gouv.fr [Em linha]. (31 Mai 2015). [Consult. 10 Mar. 2015]. Disponível em WWW:<URL: <http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665>>.

GARCIA, Miguez M. e RIO, Castela J.M - Código Penal : parte geral e parte especial, notas e comentários. Coimbra : Almedina, 2014.

GONZÁLEZ, José Alberto – Código civil anotado : direito da família : artigos 1576.º a 2023.º. Lisboa : Quid Juris, 2014. V. 5.

GONZÁLEZ, José Alberto - Código civil anotado : parte geral : artigos 1.º a 396.º. Lisboa : Quid Juris, 2011. V. 1.

GONZÁLEZ, José Alberto - Testamento vital e procuração de cuidados de saúde. Lisboa : Quid Juris, 2003.

LEI 12/2005. D.R. I-A série [Em linha]. 18 (26 Janeiro 2005) 606-611. [Consult. 02 Abr. 2015]. Disponível em WWW:<URL:<http://www.cnpd.pt/bin/legis/nacional/Lei12-2005.pdf>>.

LEI n.º 120/99. D.R. I-A série [Em linha]. 186 (18 Agosto 1999) 5232-5234. [Consult. 10 Mar. 2015]. Disponível em WWW:<URL: http://www.spdc.pt/files/legix/11255_3.pdf>.

LEI n.º 147/99, de 1 de Setembro : lei de proteção de crianças e jovens em perigo [Em linha]. Lisboa : PGDL. [Consult. 12 Mai. 2015]. Disponível em WWW:<URL: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=545&tabela=leis>.

LEI n.º 21/2014, de 16 de Abril – aprova a lei da investigação clínica. In INFARMED – GABINETE JURÍDICO E CONTENCIOSO - Legislação farmacêutica compilada [Em linha]. Lisboa : INFARMED. [Consult. 09 Mai. 2015]. Disponível em WWW:<URL: http://www.infarmed.pt/portal/page/portal/INFARMED/LEGISLACAO/LEGISLACAO_FARMACEUTICA_COMPILADA/TITULO_III/TITULO_III_CAPITULO_I/036-B1_Lei_21_2014.pdf>.

LEI n.º 22/2007. D.R. I série [Em linha]. 124 (29 Junho 2007) 4146-4150. [Consult. 26 Abr. 2015]. Disponível em WWW:<URL: <http://portalcodgdh.min-saude.pt/images/0/0c/Lei22-2007.pdf>>.

LEI n.º 3/84. D.R. I-A série [Em linha]. (24 Março 1984). [Consult. 25 Mai. 2015]. Disponível em WWW: <URL: http://juventude.gov.pt/MigratedResources/461000/461027_Lei203_84pdfEducsexepneamento.pdf>.

LEI n.º 32/2006, de 31 de Julho : procriação medicamente assistida [Em linha]. Lisboa : PGDL. [Consult. 24 Mar. 2015]. Disponível em WWW:<URL: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis>.

LEI n.º 36/2013, de 12 de Junho : regime de garantia de qualidade e segurança dos órgãos de origem humana [Em linha]. Lisboa : PGDL. [Consult. 24 Mar. 2015]. Disponível em WWW:<URL: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1928&tabela=leis>.

LEI n.º 36/98, de 24 de Julho : lei da saúde mental [Em linha]. Lisboa : PGDL. [Consult. 24 Mar. 2015]. Disponível em WWW:<URL:http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=276&tabela=leis&so_miolo=>>.

LEI n.º 46/2004, de 19 de Agosto : aprova o regime jurídico aplicável à realização de ensaios clínicos com medicamentos de uso humano. In INFARMED – GABINETE JURÍDICO E CONTENCIOSO - Legislação farmacêutica compilada [Em linha]. Lisboa : INFARMED. [Consult. 15 Abr. 2015]. Disponível em WWW:<URL:

http://www.esscvp.eu/files/escola/centro_de_bioetica/legislacao/EnsaioCI%C3%ADnicos.pdf>.

LEI n.º 48/90, de 24 de Agosto : lei de bases da saúde. In INFARMED – GABINETE JURÍDICO E CONTENCIOSO - Legislação farmacêutica compilada [Em linha]. Lisboa : INFARMED. [Consult. 10 Abr. 2015]. Disponível em WWW:<URL: <http://www.sppsm.org/wp-content/uploads/2011/06/Lei-de-Bases-da-Sa%C3%BAde-48.90.pdf>>.

LEY 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Boletín Oficial del Estado [Em linha]. (14 nov. 2002) [Consult. 19 Mar. 2015]. Disponível em WWW:<URL: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2002-22188>.

LIMA, Pires de ; VARELA, Antunes - Código civil anotado. Coimbra : Coimbra Editora, 1987. V. 1.

LISBOA. Tribunal da Relação - Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22-05-2007, Processo n.º 289/07.4TBVNO.C1. Acórdãos TRL [Em linha]. Relator Garcia Calejo. [Consult. 10 Mai. 2015]. Disponível em WWW:<URL: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/72fa0ee69e417789802572ec00525821?OpenDocument>>.

LISBOA. Tribunal da Relação - Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 06-12-2011, Processo n.º 347/11.0TBCDV-A.L1-6. Acórdãos TRL [Em linha]. Relator Jerónimo Freitas. [Consult. 05 Mai. 2015]. Disponível em WWW:<URL: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/6592eb50b558081c8025797400575709?OpenDocument>>.

LOI BELGE relative aux droits du patient, 22 Aout 2002. J U S T E L - Législation consolidée [Em linha]. (22 Aout 2002). [Consult. 05 Mai. 2015]. Disponível em WWW:<URL:http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=2002082245>.

MARTINS, Rosa Cândido - A criança, o adolescente e o ato médico. O problema do consentimento. IN FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA - Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977. Coimbra : Coimbra Editora, 2004. V. 1, p. 791-831.

MARTINS, Rosa Cândido - Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental. Coimbra : Coimbra Editora, 2008.

MARTINS, Rosa Cândido - Poder paternal vs autonomia da criança e do adolescente? Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família. A. 1, n. 1, (2004) 65-74.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Alto Comissariado da Saúde. Comissão Nacional da Saúde Materna, da Criança e do Adolescente – Relatório de resultados : questionário sobre o consentimento informado, acompanhamento de crianças até aos 18 anos de idade e visitas a doentes no internamento hospitalar [Em linha]. Lisboa : CNSMCA, 2011. [Consult. 19 Mai. 2015]. Disponível em WWW:<URL: <https://saudeimpostos.files.wordpress.com/2011/11/inquc3a9rito.pdf>>.

MOREIRA, Eva Sónia - A autonomia do menor no exercício dos seus direitos. Scientia Iurídica. T. 50, n. 291 (2001) 189.

OLIVEIRA, Guilherme - O acesso dos menores aos cuidados de saúde. Revista de Legislação e Jurisprudência. A. 132, n. 3898 (Maio de 1999) 16-19.

OLIVEIRA, Guilherme - O consentimento informado no direito português. Coimbra : Coimbra, 2008.

OLIVEIRA, Guilherme - Temas de direito da família. 2.^a ed. Coimbra : Coimbra Editora, 2011.

OLIVEIRA, Guilherme - Temas de direito da medicina. 2.^a ed. aumentada. Coimbra : Coimbra Editora, 2005. (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Centro de Direito Biomédico, 1).

ORDEM DOS MÉDICOS - Código Deontológico [Em linha]. Lisboa : Ordem dos Médicos, 2008. [Consult. 25 Mar. 2015]. Disponível em WWW:<URL:<https://www.ordemdosmedicos.pt/?lop=conteudo&op=9c838d2e45b2ad1094d42f4ef36764f6&id=cc42acc8ce334185e0193753adb6cb77>>.

PARECER n.º 8/91 : Poder paternal, direitos da criança, interesse do menor, tratamento médico, internamento hospitalar, acto médico, abuso e direito e conflito de deveres. D.R. II série. 216 (18 Set. 1992) 8820(44)-8820(53).

PEREIRA, André Gonçalo Dias - A capacidade para consentir : um novo ramo da capacidade jurídica. In FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA - Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977. Coimbra : Coimbra Editora, 2006. p. 199-249.

PEREIRA, André Gonçalo Dias - Dever de documentação, acesso ao processo clínico e sua propriedade. uma perspetiva europeia. Revista Portuguesa do Dano Corporal. A. 15, n. 16. (2006) 9-24.

PEREIRA, André Gonçalo Dias - Novos desafios da responsabilidade médica : uma proposta para o Ministério Público. Direito e Sociedade – Revista do Ministério Público do Estado do Paraná. V. 3, n. 2 (Julho-Dezembro 2004) 35-58.

PEREIRA, André Gonçalo Dias - O consentimento informado na relação médico-paciente : estudo de direito civil. Coimbra : Coimbra Editora, 2004. (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Centro de Direito Biomédico ; 9).

PEREIRA, André Gonçalo Dias - O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica : responsabilidade civil dos médicos. Coimbra : Coimbra Editora, 2005. (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Centro de Direito Biomédico ; 11)

PEREIRA, André Gonçalo Dias - Responsabilidade civil dos médicos: danos hospitalares – alguns casos de jurisprudência. Lex Medicinæ - Revista Portuguesa do Direito da Saúde. A. 16, n. 7 (2007) 11-22.

PEREIRA, André Gonçalo Dias - responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexos de causalidade. [S. l. : s.n.], 2008. Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa de Macau, República Popular da China. [Consult. 14 Mar. 2015]. Disponível em WWW:<URL: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10577/1/Responsabilidade%20m%C3%A9dica.pdf>>.

PINA, J.A Esperança - A responsabilidade dos médicos. Lisboa : Lidel Editora, 2003.

PINA, J.A Esperança - Ética, deontologia e direito médico. Lisboa : Lidel Edições Técnicas, 2013.

PINHEIRO, Jorge Duarte - Direito da família e das sucessões. Lisboa : AAFDL, 2005. V. 2.

PINTO, Carlos Alberto da Mota - Teoria geral do direito civil. 3.^a ed. Coimbra : Coimbra Editora, 1993.

PINTO, Carlos Alberto da Mota – Teoria geral do direito civil. 4.^a ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra : Coimbra Editora, 2005.

PINTO, Paulo Mota - Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues : limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Coimbra : Coimbra Editora, 2001.

Portaria 52/85, de 26 de Janeiro. D.R. I-A série [Em linha]. (26 Janeiro 1985). [Consult. 10 Mai. 2015]. Disponível em: WWW:<URL: http://www.spdc.pt/files/legix/11252_3.pdf>.

PORTO. Tribunal da Relação - Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16-05-2011, Processo n.º 1409/10.7TBVCD-A.P1. Acórdãos TRP [Em linha]. Relator Anabela Luna de Carvalho. [Consult. 08 Mai. 2015]. Disponível em WWW:<URL:>. <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/2d35434f4eae2c2f8025789c0047d412?OpenDocument>>.

PORTUGAL. Direção Geral da Saúde - Carta dos direitos e deveres dos doentes [Em linha]. Lisboa : DGS. [Consult. 16 Mar. 2015]. Disponível em WWW:<URL:<http://www.dgs.pt/pagina.aspx?screenwidth=1600&mlkid=d4upjqjeqaxrtt45w45r4w45&cn=55065716AAAAAAAAAAAAAAAA>>.

RAPOSO, Vera Lúcia - Do ato médico ao problema jurídico. Coimbra : Almedina, 2013. (Coleção Vieira de Almeida e Associados, Sociedade de Advogados, R.L.).

RAPOSO, Vera Lúcia - Do ato médico ao problema jurídico: breves notas sobre o acolhimento da responsabilidade civil médica e profissional na jurisprudência nacional. Almedina : Coimbra, 2013. ISBN 978-972-40-4936-6.

REIS, Rafael Vale e - O consentimento na relação médico-paciente. Coimbra : Coimbra Editora, 2005. (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Centro de Direito Biomédico).

RIBEIRO, Geraldo Rocha - A proteção do incapaz adulto no direito português. Coimbra : Coimbra Editora, 2011. (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Centro de Direito da Família)

RIBEIRO, Geraldo Rocha - Quem decide pelos menores? (algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para atos médicos). Lex Medicinae - Revista Portuguesa de Direito da Saúde. A. 7 n. 14 (2010) 104-138.

RIBOT, Jordi - Consentimiento informado y responsabilidad civil medica en la reciente jurisprudencia del tribunal supremo español. Lex Medicinae - Revista Portuguesa de Direito da Saúde. A. 2, n. 3 (2005) 54-71.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes - Consentimento informado – pedra angular na responsabilidade criminal do médico. In OLIVEIRA, Guilherme, coord. - Direito da Medicina. Coimbra : Coimbra Editora, 2002. V. 1, (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Centro de Direito Biomédico; 6). 5-51.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes - Sinopse esquemática da responsabilidade médica em geral (breves anotações). Lex Medicinae - Revista Portuguesa de Direito da Saúde. A. 4, n. 8 (2007) 84-96.

RODRIGUES, João Vaz - O consentimento informado para o ato médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente). Coimbra : Coimbra Editora, 2001. (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Centro de Direito Biomédico; 3).

RUEFF, Maria do Céu - O segredo médico como garantia de não discriminação. Estudo de caso: HIV/Sida. Coimbra : Coimbra Editora, 2009. (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Centro de Direito Biomédico)

SANCHÉZ Jacob, Marta - El menor maduro. Boletín de la Sociedad de Pediatría de Asturias, Cantabria, Castilla y León. V. 45, n. 193 (2005) 156-160.

SANTOS, André Teixeira dos - Do consentimento dos menores para a realização de atos médicos terapêuticos. Revista do Ministério Público. N. 118 (Abril-Junho de 2009) 123-155.

SERIES, Hugh, rev - The older person : consent and care. Journal of Medical Ethics. V. 22, n. 6 (Dec. 1996) 364–365.

SOTTOMAYOR, Maria Clara - Liberdade de opção da criança ou poder do progenitor? – comentário ao acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 31 de Outubro de

2007, Jurisprudencia crítica. Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família. A. 5, n. 9 (Janeiro-Junho 2008) 53-64.

SOTTOMAYOR, Maria Clara - Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio. 4.^a ed. Coimbra : Editora Almedina, 2004.

SOUSA, Rabindranath Capelo de - Direito geral de personalidade. Coimbra : Coimbra Editora, 1995.

SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO - Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 09-03-2000, Processo n.º 042434. Acórdãos STA [Em linha]. Relator Vitor Gomes. [Consult. 02 Fev. 2015] Disponível em WWW:<URL: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/cf747caa02260e8280256914004fd06d?OpenDocument>>.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18-03-2010, Processo n.º 301/06.4TVPRT.P1.S1. Acórdãos STJ [Em linha]. Relator Pires da Rosa. [Consult. 18 Mar. 2015]. Disponível em WWW:<URL: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5eb13f3a87248aea8025773b003dc71a?OpenDocument>>.

TEIXEIRA, Vânia Teixeira e BRAZ, Marlene - Estudo sobre o respeito ao princípio da autonomia em crianças e/ou adolescentes sob tratamento oncológico experimental, através do Processo de Obtenção do Consentimento Livre e Esclarecido. Revista Brasileira de Cancerologia. N. 56 (2010) 51-59.

UNIÃO EUROPEIA - Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia [Em linha]. C:83 (30-03-2010) 389-403. [Consult. 25 Mar. 2015]. Disponível em WWW:<URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:pt:PDF>>.

UNICEF - Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança [Em linha]. [S.I.] : UNICEF. [Consult. 25 Mar. 2015]. Disponível em WWW:<URL: https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf>.

VALE, Maria do Carmo - Consentimento informado em pediatria. Ata Pediátrica Portuguesa. V. 34, n.º 3 (2003) 172-175.

VASCONSELOS, Pedro Pais de – Teoria geral do direito civil. 4.^a Ed. Coimbra : Almedina, 2012.

ANEXOS

LISTA DE ANEXOS

- Anexo A** - Questionário sobre Consentimento informado, acompanhamento de crianças até aos 18 anos de idade e visitas a doentes no internamento hospitalar.

ANEXO A

Questionário sobre Consentimento informado, acompanhamento de crianças até aos 18 anos de idade e visitas a doentes no internamento hospitalar.



Relatório de resultados

Questionário sobre Consentimento Informado, Acompanhamento de crianças até aos 18 anos de idade e Visitas a doentes no internamento hospitalar

Entre Novembro de 2010 e Janeiro de 2011, a Comissão Nacional de Saúde Materna, da Criança e do Adolescente (CNSMCA), em colaboração com o Alto Comissariado da Saúde (ACS), preparou e distribuiu um questionário pelos Serviços de Pediatria em Portugal Continental e Ilhas, sobre Consentimento Informado, Acompanhamento de crianças até aos 18 anos de idade e Visitas a doentes no internamento hospitalar.

Os objectivos principais do questionário foram:

1. Permitir à CNSMCA verificar as práticas correntes em relação à idade de atendimento, à obtenção do Consentimento Informado em idade pediátrica e às práticas de acompanhamento durante o internamento, ou cuidados em hospital de dia, de adolescentes e crianças.
2. Integrar o questionário realizado em paralelo sobre as mesmas temáticas, no âmbito da Associação Europeia de Pediatria, cujos resultados preliminares foram apresentados em mesa redonda no dia 24 de Junho de 2011, no 5º Congresso Europeu de Pediatria (Europeadiatric).

O questionário elaborado pela CNSMCA e pelo ACS (*ver Anexo 1*) foi disseminado por correio electrónico a 58 Hospitais em Portugal Continental e Ilhas¹, através dos correios electrónicos dos Directores de Serviço de Pediatria, dos correios electrónicos dos Serviços de Pediatria e/ou dos Conselhos de Administração, dos respectivos hospitais. Em alguns casos, foram ainda feitos contactos telefónicos. O questionário podia ser respondido através de Modelo Word, enviado no mesmo correio electrónico, ou online, através de um website especializado. 43 (74,1%) dos Hospitais contactados responderam ao questionário, sendo que dois hospitais centrais, nomeadamente o Hospital de Santa Maria e o Hospital D. Estefânia, enviaram quatro questionários correspondentes aos Serviços de Pediatria, Cuidados Intensivos, Neonatologia e Cirurgia; e Unidade de Cuidados Intensivos, Pediatria Médica, Cirurgia e Pedopsiquiatria, respectivamente. Esta análise corresponde a todos os questionários recebidos (49), nas várias especialidades. O presente relatório apresenta a análise dos resultados obtidos.

¹ Os 58 Serviços de Pediatria incluem os vários Serviços de Pediatria em Hospitais Públicos e os Hospitais Privados Lusíadas, Cuf Descobertas e Luz, bem como, os Institutos Portugueses de Oncologia Francisco Gentil de Lisboa e Porto.

Parte I – Informações gerais

Serviços e Hospitais, por Administração Regional de Saúde

Foram recebidos e analisados um total de 49 questionários, correspondentes a 43 hospitais das sete regiões Continentais e Ilhas. A tabela abaixo apresenta a distribuição dos inquéritos recebidos, por região, hospital e serviço.

Região	Nome do hospital	Tipo de Serviço
ARS Algarve	Hospital de Faro	Serviço de Pediatria
	Centro Hospitalar do Barlavento Algarvio	Serviço de Pediatria
ARS Alentejo	Hospital José Joaquim Fernandes de Beja	Serviço de Pediatria
	Hospital do Espírito Santo de Évora	Serviço de Pediatria
	Hospital Dr. José Maria Grande de Portalegre	Serviço de Pediatria
ARS Lisboa e Vale do Tejo	Hospital dos Lusíadas	Serviço de Pediatria
	Hospital da Luz	Serviço de Pediatria
	Hospital Garcia da Orta	Serviço de Pediatria
	Instituto Português de Oncologia, Lisboa – Francisco Gentil	Serviço de Pediatria
	Hospital de Caldas da Rainha	Serviço de Pediatria
	Hospital Cuf Descobertas	Serviço de Pediatria
	Hospital de Santa Marta	Serviço de Cardiologia Pediátrica
	Hospital D. Estefânia	1. Unidade de Cuidados Intensivos Pediátricos 2. Pedopsiquiatria 3. Serviço de Pediatria 4. Cirurgia Pediátrica
	Hospital Fernando Fonseca	Serviço de Pediatria
	Hospital de Santa Maria	1. Serviço de Neonatologia ² 2. Unidade de Cuidados Intensivos Pediátricos 3. Cirurgia Pediátrica 4. Serviço de Pediatria
	Centro Hospitalar de Torres Vedras	Serviço de Pediatria
	Hospital de Cascais Dr. José de Almeida	Serviço de Pediatria
	Hospital São Francisco Xavier	Serviço de Pediatria
	Hospital de São Bernardo	Serviço de Pediatria
Centro Hospitalar Barreiro Montijo	Serviço de Pediatria	
ARS Centro	Hospital Amato Lusitano	Serviço de Pediatria

² O Serviço de Neonatologia não será considerado para efeitos de análise de perguntas correspondentes ao consentimento informado.

		Centro Hospitalar Cova da Beira	Serviço de Pediatria		
		ULS Guarda	Serviço de Pediatria		
		Hospital de Santo André	Serviço de Pediatria		
		Hospital Distrital da Figueira da Foz	Serviço de Pediatria		
		Hospital Infante D. Pedro	Serviço de Pediatria		
ARS Norte		Centro Hospitalar de Trás-os-Montes e Alto Douro	Serviço de Pediatria		
		ULS Matosinhos	Serviço de Pediatria		
		Centro Hospitalar do Porto	Serviço de Pediatria		
		Centro Hospitalar do Nordeste	Serviço de Pediatria		
		Centro Hospital Tâmega e Sousa	Serviço de Pediatria		
		ULSAM Santa Luzia	Serviço de Pediatria		
		Centro Hospitalar de Gaia/Espinho	Serviço de Pediatria		
		Centro Hospitalar de Póvoa do Varzim e Vila do Conde	Serviço de Pediatria		
		Centro Hospitalar do Médio Ave	Serviço de Pediatria		
		Centro Hospitalar de Entre o Douro e Vouga	Serviço de Pediatria		
		Hospital de Braga	Serviço de Pediatria		
		Instituto Português de Oncologia, Porto – Francisco Gentil	Serviço de Pediatria		
		Hospital de São João	Serviço de Pediatria		
	Madeira		Hospital Dr. Nélio Mendonça.	Serviço de Pediatria	
Açores		Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo	Serviço de Pediatria		
		Hospital da Horta	Serviço de Pediatria		
		Hospital de Santo Espírito de Ponta Delgada	Serviço de Pediatria		
Total	7	Total	43	Total	49

Tabela 1. Distribuição dos inquéritos recebidos, por região, hospital e serviço

Idade limite de atendimento nos Serviços de Pediatria

Em 24 (52%) Serviços a idade limite de atendimento é de 17 anos e 364 dias. Quanto às diferenças regionais, é de realçar que a ARS Norte é a que melhor parece estar a cumprir o alargamento da idade de atendimento, sendo que 12 dos 13 Serviços da ARS Norte que responderam ao inquérito declararam que a idade de atendimento em Pediatria vai até aos 17 anos e 364 dias. Por outro lado, na ARS do Algarve verificam-se as idades de atendimento mais baixas, conforme é possível ver na Tabela 2. A ARS de Lisboa é a que apresenta valores mais diversificados: 9 Serviços declararam que a idade de atendimento em Pediatria vai até aos 17 anos e 364 dias, sendo que dos restantes, 4 responderam até aos 15 anos e 364 dias, 4 até aos 14 anos e 364 dias, 1 até aos 16 anos e 364 dias e 1 até aos 18 anos e 364 dias.

A Tabela 2 apresenta a distribuição da idade de atendimento em pediatria, por ARS e número de Serviços.

ARS	Número de Serviços	Idade de atendimento em Pediatria
ARS Algarve	1	14 anos e 364 dias
	1	12 anos e 364 dias
ARS Alentejo	2	14 anos e 364 dias
	1	17 anos e 364 dias
ARS Lisboa e Vale do Tejo	9	17 anos e 364 dias
	4	15 anos e 364 dias
	4	14 anos e 364 dias
	1	18 anos e 364 dias
	1	16 anos e 364 dias
	1	28 dias (Neonatologia)
	1	<i>Sem resposta</i>
ARS Centro	2	17 anos e 364 dias
	3	14 anos e 364 dias
	1	15 anos e 364 dias
ARS Norte	12	17 anos e 364 dias
	1	15 anos e 364 dias
Madeira	1	15 anos e 364 dias
Açores	2	15 anos e 364 dias
	1	14 anos e 364 dias
	Total	49

Tabela 2. Distribuição da idade de atendimento em Serviço de Pediatria, por número de Serviços, Administração Regional de Saúde e Ilhas

Quais as alternativas e em que circunstâncias os doentes em idade pediátrica não são internados em Pediatria?

Em 35 (72,9%) Serviços, as crianças em idade pediátrica são exclusivamente atendidas no Serviço de Pediatria. Por outro lado, 14 (29,1%) Serviços responderam que nem todos os doentes em idade pediátrica são internados em pediatria.

A Tabela 3 indica quais as alternativas e em que circunstâncias isso acontece, por Serviço.

Serviço	Alternativas e circunstâncias
1	<i>Internamento no Serviço de Ortopedia e Obstetrícia</i>
2	<i>Os doentes dos 15 aos 18 anos são internados por solicitação dos médicos de outras especialidades se assim o entenderem e em função das vagas disponíveis para este grupo etário</i>
3	<i>Internamento no Serviço de Ortopedia, Oftalmologia e Otorrinolaringologia</i>
4	<i>Grávidas em trabalho de parto são internadas em Obstetrícia</i>
5	<i>Os doentes das especialidades cirúrgicas, com mais de 5 anos de idade, quando não há vagas, são internados nos Serviços respectivos</i>
6	<i>Internamento no Serviço de Ortopedia, Otorrinolaringologia e, por vezes, Unidade de Cuidados Intensivos</i>
7	<i>Não existe possibilidades de vagas para doentes de foro Ortopédico e Maxilo-Facial</i>
8	<i>Otorrinolaringologia, Oftalmologia e Cirurgia Torácica</i>

9	<i>Não existe estrutura física para mais. Alternativas incluem Serviços de Ortopédia e Cirurgia</i>
10	<i>Serviços de Psiquiatria de adultos, dos 16 aos 18 anos de idade</i>
11	<i>Não para a actual idade pediátrica. Em fase de criação das condições necessárias para o cumprimento do Despacho 9871/2010. Internamento nos Serviços de Adultos, com alguns casos a terem apoio da pediatria</i>
Total	11*

Tabela 3. Alternativas e circunstâncias em que os doentes em idade pediátrica não são internados em pediatria, por Serviço.

*3 Serviços não explicitaram em que alternativas e circunstâncias os doentes em idade pediátrica não são internados em Pediatria

Parte II – Consentimento Informado por parte de doentes em idade pediátrica

Políticas e práticas sobre o Consentimento Informado em idade pediátrica

A primeira pergunta da Parte II do questionário pretendia compreender qual o tipo de política hospitalar existente sobre o consentimento informado em idade pediátrica. Os principais resultados obtidos foram:

- 36 (75%) Serviços referiram que existe uma política sobre o Consentimento Informado;
- 7 (14,5%) Serviços referiram que cabe a cada profissional decidir;
- 4 (8,3%) Serviços referiram que existe uma política sobre o Consentimento Informado e cabe a cada profissional decidir;
- 1 (2%) Serviço referiu que o Consentimento Informado é obtido apenas dos pais ou tutores legais.

A partir de que idade é obtido o Consentimento Informado em jovens?

18 (37,5%) Serviços declararam que o Consentimento Informado em jovens é obtido a partir dos 16 anos de idade, sendo que destes Serviços, 1 (2%) declarou que para fins de ensaios clínicos e protocolos de estudo, o Consentimento Informado é obtido antes dos 16 anos de idade. Apenas 6 (12,5%) Serviços declararam que o Consentimento Informado em jovens é obtido antes dos 16 anos de idade (14 Serviços não responderam à questão e 11 responderam *outro*).

Modalidade de obtenção do Consentimento Informado

A modalidade de obtenção do Consentimento Informado mais frequente é por escrito, com respostas por parte de 35 (72,9%) Serviços.

A Tabela 4 apresenta os resultados por número de respostas e tipo de modalidade.

Número de respostas		Modalidade de obtenção do CI
35		Por escrito
9		Oralmente, na presença de, pelo menos, uma testemunha, com registo no processo clínico
6		Oralmente, sem testemunhas, com registo no processo clínico
7		<i>Sem resposta</i>
Total	57*	

Tabela 4. Modalidade de obtenção de Consentimento Informado, por número de respostas e tipo de modalidade

* 8 Serviços responderam duas opções, em específico, 5 Serviços responderam opção *a* e *c*, enquanto 3 Serviços responderam opção *b* e *c*.

Esclarecimentos e informação prestada

O médico é o profissional de saúde que habitualmente dá os esclarecimentos às crianças, jovens e pais ou substitutos com vista à obtenção do Consentimento Informado, com 46 (95,8%) respostas afirmativas, seguido do enfermeiro com 24 (50%) e o psicólogo com 6 (12,5%). 1 (2%) Serviço referiu que a educadora também presta esclarecimentos às crianças. Em vários casos, é possível constatar que tanto os Médicos como os Enfermeiros prestam esclarecimento às crianças, jovens e pais ou substitutos. A informação normalmente é genérica, sobre o acto, riscos e alternativas e dada oralmente (43 Serviços, 89,5%), em vários Serviços são utilizados os materiais de informação escritos (27 Serviços, 56,2%) e vídeos adequados aos grupos alvo (5 Serviços, 10,4%). Em 1 (2%) Serviço também são utilizados os desenhos feitos no momento, como recurso para explicar as informações prestadas.

Todos os Serviços afirmaram informar as crianças e adolescentes sempre que possível, quando não é obtido o Consentimento Informado, por serem menores de idade ou considerados incapazes.

A Tabela 5 identifica a partir de que idades são dadas informações em 48 Serviços. Como é possível verificar, a resposta mais frequente é *a partir de qualquer idade, de acordo com o nível de compreensão da criança/jovem*.

Número de respostas	Idades a partir das quais são dadas informações às crianças
22	A partir de qualquer idade, de acordo com o nível de compreensão da criança/jovem.
11	<i>Sem resposta</i>
6	A partir dos 4 a 6 anos de idade
4	A partir dos 6 a 8 anos de idade
2	A partir dos 5 anos de idade
2	A adolescentes
1	Variável
Total	48

Tabela 5. Idades a partir das quais são dadas informações às crianças, por número de respostas (excepto o Serviço de Neonatologia)

Desentendimentos em relação ao Consentimento Informado

Em caso de desentendimento por parte do doente com os pais, 27 (56,2%) Serviços responderam que a opinião dos mesmos não devia ser respeitada quando há risco de vida para a criança e/ou quando põe em causa o seu interesse.

A Tabela 6 resume as respostas obtidas em relação ao desentendimento por parte do doente com os pais.

Número de respostas	Nos casos de desentendimento por parte do doente com os pais, em que situações se considera que não deve ser respeitado?
27	Quando há risco de vida para a criança e/ou quando põe em causa o seu interesse ou segundo critério clínico
2	Os pais são soberanos
1	Sempre que o doente é legalmente autónomo
	É sempre promovida a negociação e o diálogo
3	Pede-se o apoio da Comissão de Ética, do Tribunal, Gabinete Jurídico ou outra entidade de natureza similar
1	<i>Sempre se procura obter acordo para intervenção. Perante a gravidade da situação clínica é ponderada a decisão. Em casos de risco de vida é opção do clínico que acciona meios legais</i>
1	<i>Reunião com equipa e os pais na tentativa de chegar a um consenso. Apoio Comissão Ética ou Tribunal de Família e Menores</i>
1	<i>Até aos 16 e se daí resultar prejuízo para a criança. É sempre tentada a negociação por intermediário significativo</i>
1	Nunca ocorreu nenhum episódio
11	<i>Sem resposta</i>
Total	48

Tabela 6. Nos casos de desentendimento por parte do doente com os pais, em que situações se consideram que não deve ser respeitado, por número de respostas (excepto o Serviço de Neonatologia)

Nas situações de desacordo entre os pais sobre a decisão a tomar, prevalecem o recurso a meios de apoio legais, nomeadamente, o Tribunal de Menores, a Comissão de Protecção de Menores e a Comissão de Ética e a consideração do superior interesse da criança. As respostas referentes aos 49 Serviços estão apresentadas na Tabela 7.

Número de respostas	Nas situações em que há desacordo entre os pais sobre a decisão como procede?
13	É pedido o parecer da Comissão de Ética, do Tribunal, Gabinete Jurídico ou outra entidade de natureza similar
11	É tomada em consideração a decisão que beneficia a criança, sobretudo quanto há risco de vida
9	É sempre promovida a negociação e o diálogo ou atribuído um tempo para resolução do problema
3	Quem tem o poder paternal é o responsável pela criança e a decisão é sua
1	Alterar a paternidade por tempo necessário
2	<i>Até hoje, todas as situações de desacordo foram sempre resolvidas com esclarecimento da situação clínica, finalidade dos procedimentos, dos seus riscos e potenciais benefícios. Caso contrário, procurar-se-á sempre seguir as orientações do tribunal de menores</i>
1	Nunca ocorreu nenhum episódio
9	<i>Sem resposta</i>
Total	49

Tabela 7. Nas situações em que há desacordo entre os pais sobre a decisão como procede, por número de respostas.

Parte III – Acompanhamento de crianças e jovens até aos 18 anos de idade

Acompanhamento

Em 48 (97%) Serviços, é incentivado o acompanhamento de crianças e adolescentes hospitalizados, sem restrições de idade³. Em apenas 1 (2%) Serviço (Pedopsiquiatria), foi declarado que o acompanhamento não é incentivado. Uma vez que este foi o único Serviço de Pedopsiquiatria que respondeu ao inquérito, não é possível fazer uma comparação a nível nacional ou extrapolar outras considerações.

Em 37 (75,5%) Serviços, os pais podem estar presentes em simultâneo apenas de dia. Só em 3 (6%) Serviços foi referida a possibilidade de os dois pais puderem estar presentes durante o dia e a noite, correspondendo a 1 (2%) Serviço da ARS Norte, 1 (2%) da ARS de Lisboa e Vale do Tejo e 1 (2%) Serviço da Região dos Açores. Em 47 (95,9%) Serviços, é possível que um acompanhante, que não os pais, acompanhe a criança durante a noite; em 1 (2%) caso não é possível; e 1 (2%) Serviço não respondeu⁴.

Acompanhamento a adolescentes

Com o alargamento da idade pediátrica, em alguns Serviços tem sido levantada a questão do acompanhamento por parte dos namorados ou namoradas dos adolescentes internados. 39 (81%) Serviços referiram que os adolescentes podem escolher o acompanhante mais significativo, 6 (12%) responderam que o mesmo não é possível e 4 (8,3%) Serviços não responderam a esta questão.

A Tabela 8 apresenta os resultados sobre a partir de que idade o adolescente pode escolher o acompanhante, por número de respostas.

Número de respostas	A partir de que idade o adolescente pode escolher o acompanhante?
7	Não tem idade predefinida
6	A decisão é tomada pelo adolescente com o consentimento dos pais
4	Adolescentes a partir dos 14 ou 16 anos de idade podem escolher
3	Qualquer idade
1	Nunca
1	A questão não se colocou e não está prevista
1	<i>Depende da capacidade de compreensão e verbalização dessa vontade. Habitualmente a partir dos 7-8 anos</i>
1	<i>É considerado que os utentes estão demasiado doentes para terem opinião. Ao melhorarem, é permitido esse tipo de visita</i>
1	<i>O adolescente pode escolher a partir do momento em que manifeste esse desejo, mas depende do acompanhante ficando ao nosso critério</i>

³ A análise desta pergunta inclui a resposta obtida por parte do Serviço de Neonatologia.

⁴ A análise desta pergunta inclui a resposta obtida por parte do Serviço de Neonatologia.

	23	Sem resposta
Total	48	

Tabela 8. A partir de que idade o adolescente pode escolher o acompanhante, por número de respostas (excepto o Serviço de Neonatologia)

No caso de o(a) adolescente escolher como acompanhante o namorado(a), 25 (52%) Serviços responderam que não é possível o mesmo permanecer durante a noite e 19 (39,5%) Serviços responderam que é possível. 4 (8,3%) Serviços não responderam à questão.

Desafios na gestão do acompanhamento

Os principais desafios na gestão do acompanhamento prendem-se com as condições hoteleiras (12 Serviços, 24,4%), a colaboração/relação com os pais (8 Serviços, 16,3%), a perturbação da prestação de cuidados/gestão de conflitos (4 Serviços, 8%) e o controlo do risco e infecção (3 Serviços, 6%). 1 (2%) Serviço declarou que é necessário definir *critérios de acompanhamento em relação a adolescentes a viverem em união de facto* e 1 (2%) Serviço declarou que tem como desafio a *presença de acompanhante homem na enfermaria das adolescentes, ou a presença de acompanhante mulher na enfermaria dos adolescentes, principalmente nos períodos nocturnos*. 10 (20,4%) Serviços não explicitaram quais os principais desafios que se colocam na gestão do acompanhamento.⁵

⁵ A análise desta pergunta inclui a resposta obtida por parte do Serviço de Neonatologia.

Parte IV – Visitas de crianças e adolescentes a doentes em idade pediátrica

Idade limite mínima em relação às visitas que as crianças e adolescentes internados podem receber

Em 21 (42,8%) Serviços, existe uma idade mínima em relação às visitas que as crianças e adolescentes internados podem receber e, em 27 (55,1%) Serviços, não existe qualquer idade mínima (1 Serviço não respondeu). Nos casos de idade limite mínima, a mais frequente é 10 anos de idade (9 Serviços, 18,3%), seguido por 12 anos de idade (4 Serviços, 8%), 15 anos (1 Serviço, 2%), 7 anos (1 Serviço, 2%) e 12 meses (1 Serviço, 2%); não tendo os restantes Serviços respondido. Em 26 (53%) Serviços existem excepções em relação à idade mínima, sendo a mais frequente, a visita de irmãos. Em 43 (87,7%) Serviços, as visitas por parte de crianças são obrigatoriamente supervisionadas por um adulto; em 5 (10,2%), não são supervisionadas, e 1 (2%) Serviço não respondeu⁶.

Acesso por parte de crianças e adolescentes com doenças infecto-contagiosas

Em 37 (75,5%) Serviços, o acesso por parte de crianças e adolescentes com doenças infecto-contagiosas é controlado; 10 (20,4%) Serviços declararam que o acesso não é controlado e 2 (4%) Serviços não responderam à questão⁷. Os 37 (75,5%) Serviços que declararam controlar o acesso, identificaram várias modalidades para o efeito, nomeadamente, o controlo através de profissional de saúde na entrada (24 Serviços); informação destinada ao acompanhante em folheto ou cartaz afixado nos locais de acesso (23 Serviços); e através de um questionário ao acompanhante por parte do profissional que controla a entrada das visitas (10 Serviços). Outras modalidades incluem: protecção adequada à infecção (2 Serviços); permanências máximas de 10 minutos (1 Serviço); informação no Guia de Acolhimento (2 Serviços); informação aos familiares por parte da equipa de saúde (5 Serviços); e quarto de isolamento (1 Serviço).

⁶ A análise desta pergunta inclui a resposta obtida por parte do Serviço de Neonatologia.

⁷ A análise desta pergunta inclui a resposta obtida por parte do Serviço de Neonatologia.

Conclusão

Em apenas metade dos Serviços de Pediatria, a idade limite de atendimento é de 17 anos e 364 dias, sendo que a ARS Norte é a que mais está em cumprimento. Em 2007, a ARS Norte adoptou uma estratégia que visa a melhoria da qualidade da prestação de cuidados às crianças e adolescentes com menos de 18 anos de idade, sendo o aumento progressivo da idade de atendimento em pediatria, uma das medidas.⁸ Este dado poderá explicar porque que é que a ARS Norte é a região em que mais Serviços de Pediatria atendem crianças até aos 17 anos e 364 dias.

Em relação ao Consentimento Informado, a legislação em vigor prevê que os menores a partir dos 16 anos de idade e o *discernimento para avaliar o sentido e alcance do consentimento no momento em que o presta* têm o direito a consentir e dissentir em relação ao tratamento.⁹ Em relação às práticas hospitalares, o que se pode constatar através da análise dos questionários é que a obtenção do Consentimento Informado por parte das crianças, mesmo a partir dos 16 anos, não é por norma, feita.

Todos os Serviços de Pediatria, excepto um, afirmaram incentivar o acompanhamento das crianças hospitalizadas, sendo que na maior parte dos casos, os dois pais em simultâneo podem acompanhar as crianças durante o dia. No caso dos adolescentes, 39 (81%) Serviços declararam que os adolescentes podem escolher o seu acompanhante, sendo que 19 (39,5%) Serviços declararam que é permitido aos adolescentes, serem acompanhados pelo(a) namorado(a) durante a noite.

Quanto às visitas a crianças hospitalizadas, em cerca de metade dos Serviços que responderam ao inquérito, existe uma idade mínima para os visitantes; e em 43 (87,7%) Serviços, as visitas por parte de crianças são supervisionadas por um adulto.

É possível constatar também que há uma atenção elevada no que diz respeito ao controlo por parte de crianças e adolescentes com doenças infecto-contagiosas.

No seguimento das respostas obtidas através deste inquérito, seria importante aprofundar as seguintes questões no futuro: verificar se, de facto, as políticas dos hospitais sobre o Consentimento Informado referem explicitamente a obtenção deste em idade pediátrica; perceber que medidas estão a ser desenvolvidas, para cumprir a idade de atendimento até aos 18 anos; e as práticas adaptadas às características e necessidades dos adolescentes, incluindo a transição para os cuidados de adultos.

⁸ *Comissão Nacional de Saúde da Criança e do Adolescente: 2004-2008*. Lisboa: Alto Comissariado da Saúde, 2009

⁹ *Entidade Reguladora da Saúde; O Consentimento Informado – Relatório Final; Maio de 2009*; disponível em: <http://www.ers.pt/actividades/pareceres-e-recomendacoes/Estudo-CI.pdf>

Anexo 1. Questionário sobre o consentimento informado, acompanhamento de crianças até aos 18 anos de idade e visitas a doentes no internamento hospitalar.

1) <u>Informações gerais</u>	
Nome do Hospital	
Departamento(s)/Serviço(s) a que correspondem as informações disponibilizadas	
Responsável por responder ao questionário	
Email	
Idade de limite de atendimento (p. ex. 17 anos e 364 dias)	
2) Todos os doentes em idade pediátrica são internados em Pediatria?	
Sim	
Não	
Se não, quais as alternativas e em que circunstâncias	
3) Consentimento informado por parte de doentes em idade pediátrica	
No Serviço:	
Existe uma política sobre o Consentimento Informado	
Cabe a cada profissional de saúde decidir	
Outro. Por favor, explique	
4) A partir de que idade é obtido o Consentimento Informado em jovens?	
Antes dos 16 anos de idade	
A partir dos 16 anos de idade	
Outro. Por favor, explique	
5) Se o Consentimento é obtido do doente antes dos 16 anos de idade, que critérios são utilizados?	
Jovens com mais de 14 anos se considerados capazes após avaliação por profissional de saúde	
Jovens com mais de 12 anos, geralmente com doença crónica, se considerados capazes após avaliação por profissional de saúde	
Outro. Por favor, explique	

6) O Consentimento Informado é obtido do doente:	
Oralmente, na presença de, pelo menos, uma testemunha, com registo no processo clínico	
Oralmente, sem testemunhas, com registo no processo clínico	
Por escrito	
Outra forma. Qual?	
7) As crianças/jovens e pais, ou substitutos, recebem esclarecimentos que conduzem ao Consentimento Informado através de:	
Enfermeiro	
Médico	
Psicólogo	
Outro. Quem?	
8) Como é dada a informação?	
Informação oral genérica sobre o acto, riscos e alternativas	
Materiais de informação escritos, adequados aos grupos alvo	
Vídeos adequados ao grupo alvo	
Outra forma. Qual?	
9) Nas crianças e adolescentes em que não é obtido o consentimento informado, por serem menores de idade ou consideradas incapazes, são-lhes prestadas informações adequadas à sua capacidade de compreensão?	
Sempre que possível	
Por vezes	
Raramente	
10) A partir de que idade são dadas informações?	
11) Nos casos de desentendimento...	
Nos casos de desentendimento por parte dos pais, em que situações se considera que não deve ser respeitado?	
Nos casos de desentendimento por parte do doente com os pais, em que situações se considera que não deve ser respeitado?	
Nas situações em que há desacordo entre os pais sobre a	

decisão como procede?	
-----------------------	--

12) Acompanhamento de crianças e jovens até aos 18 anos de idade	
É incentivado o acompanhamento de crianças e adolescentes hospitalizados, sem restrições de idade?	
Sim	
Não	
Qual a idade limite para estar acompanhado?	
13) Os pais podem estar presentes em simultâneo?	
Sim	
Não	
Só de dia	
Dia e noite	
14) No caso de não serem os pais, ou de só poder estar um deles, quantos acompanhantes podem estar simultaneamente com o doente?	
Um dos pais e outro acompanhante	
Dois acompanhantes que não os pais	
Um acompanhante que não os pais	
Outro. Por favor, explique	
15) No caso de não serem os pais é permitida a presença de acompanhante durante a noite?	
Sim	
Não	
Qual a idade limite do doente para estar acompanhado?	
16) No caso de adolescentes é-lhes permitido escolher o acompanhante mais significativo?	
Sim	
Não	
A partir de que idade pode escolher?	
17) No caso de o(a) adolescente escolher como acompanhante a(o) namorado(a) é permitida a sua presença durante a noite?	
Sim	

Não	
Se sim, em que circunstâncias?	
18) Quais são os principais desafios que se apresentam na gestão do acompanhamento?	
19) Visitas de crianças e adolescentes a doentes em idade pediátrica	
Existe uma idade limite mínima em relação às visitas que as crianças e adolescentes internados podem receber?	
Sim	
Não	
Se sim, qual é a idade limite?	
20) No caso de haver uma idade mínima existem excepções?	
Sim	
Não	
Se sim, quais?	
21) As visitas por parte de crianças são obrigatoriamente supervisionadas por um adulto?	
Sim	
Não	
22) Existe alguma forma de evitar o acesso por parte de crianças e adolescentes com doenças infecto-contagiosas?	
Sim	
Não	
23) Se sim, quais?	
Profissional de saúde a controlar as entradas	
Questionário ao acompanhante por parte do profissional que controla a entrada das visitas	
Informação destinada ao acompanhante em folheto ou em cartaz afixado nos locais de acesso	
Outra forma. Qual?	