

Lusíada



Repositório das Universidades Lusíada

Universidades Lusíada

Pinheiro, Jorge Duarte

O direito pediátrico e o direito da família

<http://hdl.handle.net/11067/7040>

<https://doi.org/10.34628/dt8p-2k13>

Metadados

Data de Publicação	2023
Tipo	bookPart

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-09-21T10:25:51Z com informação proveniente do Repositório

O DIREITO PEDIÁTRICO E O DIREITO DA FAMÍLIA ¹

Jorge Duarte Pinheiro

Doutor e agregado em Direito

Professor associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

ORCID: 0000-0002-4177-2619

DOI: <https://doi.org/10.34628/dt8p-2k13>

Resumo: Há que estudar as conexões entre a saúde e o Direito da Família, em especial as que respeitam à criança. Não faltam temas de interesse, que se não esgotam na problemática da recusa parental de transfusões de sangue por motivos religiosos. Importa investir em todo um novo domínio, o chamado Direito Pediátrico.

Palavras-chave: Direito pediátrico; Direito da família; Crianças; Transfusão de sangue; Cuidados de saúde.

Abstract: It is necessary to study the connections between health and Family Law, especially regarding children. There is no shortage of topics of interest, which are not limited to the issue of parental refusal of blood transfusions for religious reasons. It is important to invest in a whole new field, so called Pediatric Law.

Keywords: Pediatric law; Family law; Children; Blood transfusion; Healthcare.

¹ Texto elaborado na sequência de palestra com o mesmo título apresentada no dia 17 de Maio de 2022, no âmbito da “Conferência Internacional – vida intrauterina, início da personalidade, família e crianças: direito interno e transnacional” (organizada pela Universidade Lusíada, em Lisboa, e pelo Centro de Estudos Jurídicos, Económicos e Ambientais – CEJEA). Foi concluído em 10 Julho de 2022, data a que remonta igualmente a última consulta de referências da internet adiante mencionadas.

1. O Direito da Família e o tema da saúde

I. O Direito da Família não pode ser reduzido a um ramo que regula o grupo de pessoas unidas por relações jurídicas familiares: tem por objecto não só as relações conjugais, de parentesco, de afinidade e de adopção (que se extraem do artigo 1576.º do Código Civil), como as relações de união de facto, de apadrinhamento civil e as figuras que se destinam a suprir a inexistência ou insuficiência funcional das relações mencionadas, *v.g.*, da relação de parentesco no 1.º grau da linha recta². E abarca ainda o regime de tais institutos quer no momento da sua constituição quer no momento da sua extinção.

Além disso, o Direito da Família é vasto e heterogéneo, compreendendo normas de Direito Civil, de Direito do Trabalho, de Direito Penal, de Direito Fiscal, de Direito da Função Pública e da Segurança Social, entre outras. Há, portanto, um Direito da Família em sentido restrito, correspondente ao conjunto normativo contido no Livro IV do Código Civil e noutros diplomas que estabeleçam disciplina análoga ou complementar à desse Livro; e um Direito não civil da Família.

Apesar de se aludir nas Escolas de Direito à unidade do ordenamento jurídico, é, por vezes, nítido o contraste entre os dois mencionados grandes sectores do Direito da Família, sendo exemplar o tratamento conferido à união de facto. No Direito da Família em sentido restrito, os efeitos jurídicos da união de facto estão muito aquém dos que são atribuídos ao casamento. Todavia, o estatuto destas uniões é idêntico, ou muito parecido, no Direito do Trabalho, no Direito Penal, no Direito Fiscal, no Direito da Função Pública ou da Segurança Social, no Direito Processual e Procedimental, no Direito Prisional e no Direito dos Estrangeiros.

A extensão e diversidade do Direito da Família recomendam que se opte, aqui, por uma restrição ao sector de natureza jus-civil. Não obstante tal delimitação, o universo sob análise continua a ser

² PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 7.ª edição, Coimbra, Gestlegal, reimpressão (da 7.ª edição, 2021), 2022, pp. 13-14, 17-19.

amplo, incluindo o Direito da Filiação; o Direito Matrimonial; o Direito Tutelar de Protecção das Crianças e dos Idosos; e o Direito Convivencial (respeitante à união de facto, à economia comum e à união sem comunhão de habitação)³.

Nas assinaladas subdivisões do Direito da Família em sentido restrito, que versam matérias existenciais e íntimas, está presente o tema da saúde: por exemplo, no Direito da Filiação, quando se regula a procriação medicamente assistida (saúde reprodutiva) e se impõe aos pais o dever de velar pela saúde da criança (artigo 1878.º, n.º 1, do Código Civil); no Direito Matrimonial, quando a demência notória é tida como impedimento matrimonial (artigo 1601.º, alínea b), do Código Civil), ao se prever a alteração das faculdades mentais de um cônjuge como fundamento de divórcio a pedido do outro (artigo 1781.º, alínea a), do Código Civil) e ao se vincular os cônjuges a um dever recíproco de cooperação (artigo 1674.º do Código Civil)⁴. No Direito Tutelar, assinala-se a admissibilidade da intervenção de entidades externas (à família) para afastar perigo da saúde em que a criança se encontre (artigos 3.º, n.º 1, e 34.º, alíneas a) e b), da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo). O dever mútuo de auxílio entre pais e filhos, consagrado pelo artigo 1874.º, n.º 1, do Código Civil, implica prestação de cuidados de saúde, com relevância especial nas hipóteses de deficiência e idade avançada (ou seja, trata-se de dever cuja violação suscita reflexões no quadro do Direito Tutelar de Protecção dos Idosos). O regime do maior acompanhado, que pode ser motivado por razões de saúde (artigo 138.º do Código Civil), tem projecções em todos os quatro segmentos maiores do Direito Civil da Família, como decorre do que se estatui quanto à definição do acompanhante e à legitimidade para requerer o acompanhamento (artigos 143.º, n.º 1, e 140.º, n.º 1, do Código Civil, com referências ao cônjuge, ao unido de facto e a parentes do maior em apreço).

³ PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo* cit., pp. 25-28.

⁴ O dever, englobando a obrigação de socorro e auxílio mútuos, exige a um cônjuge que apoie o outro na doença (PINHEIRO, Jorge Duarte, *O núcleo intangível da comunhão conjugal*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 73, 265-267).

2. O Direito Pediátrico

Na impossibilidade de contemplar todas as conexões entre a saúde e o Direito da Família, a preponderância actual da situação da criança põe em primeiro plano aquelas em que esteja em causa pessoa com idade inferior a 18 anos de idade.

É conhecido o labor de Guilherme de Oliveira e outros doutrinadores de Coimbra sobre a autonomia das crianças em aspectos atinentes à sua própria saúde⁵.

Entretanto, publicou-se nesta década obra que privilegia antes o problema do poder parental de decisão sobre a saúde da criança⁶.

Na última capa desta obra, lê-se:

Os pais concebem a criança, permitem que ela nasça, cuidam dela, mas o filho não é uma parte dos progenitores, que lhes esteja inteiramente subordinado; é antes sujeito em si mesmo, ser autónomo.

Numa época em que se atribui discursivamente centralidade à criança, há exemplos de sacrifício da vida e de lesão do corpo da criança, por acção ou omissão dos pais, com o beneplácito de médicos, comissões de ética, Ministério Público e até tribunais. Se a sociedade já tem

⁵ Cf., nomeadamente, OLIVEIRA, Guilherme de, “O acesso dos menores aos cuidados de saúde” (publicação inicial em 1999), em *Temas de Direito da Medicina* 2.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 241-242; MARTINS, Rosa, “A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento”, em AA.VV., *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, volume I, *Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 819-820; MOREIRA, Sónia, “A autonomia do menor no exercício dos seus direitos”, *Scientia Iuridica*, 2001, n.º 291, pp. 190-191; PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 316-319; RIBEIRO, Geraldo Rocha, “Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)”, *Lex Medicinæ*, 7, n.º 14, 2010, pp. 124-126; RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português* (Elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente), Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 202-203.

⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Limites ao exercício das responsabilidades parentais em matéria de saúde da criança – Vida e corpo da criança nas mãos de pais e médicos?*, Coimbra, Gestlegal, 2020. Nas pp. 46-49 do texto, é feita apreciação crítica da tese formulada no estudo citado, *supra*, na nota 6, por Guilherme de Oliveira, nome insigne do Direito da Família e do Direito da Medicina.

resposta pronta para as situações de recusa parental de transfusões de sangue, há, no entanto, outras situações em que a existência e a integridade física da criança são preteridas por vontade de adultos cuidadores - que, nomeadamente, se opõem a cirurgias de transplante de órgãos, com boas perspectivas de sucesso para o filho, ou exigem que sejam removidas partes do corpo da criança, sem indicação terapêutica. É, por isso, útil um esforço de sensibilização, que resulte em maior efectividade das normas de promoção e protecção.

A criança *não pertence* aos pais - nem mesmo quando pais e médicos estejam de acordo...

O livro, *Limites ao exercício das responsabilidades parentais em matéria de saúde da criança*, no âmbito de uma área específica e sensível, procura testar a consistência de proposições que actualmente obtêm largo consenso, *v.g.*, a de que a criança tem personalidade jurídica; é titular de um conjunto de direitos que tende a ser igual ao conjunto que é reconhecido ao adulto; e deve dispor de especial tutela perante o adulto, alicerçada num interesse próprio e superior.

Investigando a coerência de um sistema que se proclama filiocêntrico, o livro tenta apurar se o ordenamento comporta ou não risco de prejuízo para a vida e integridade da criança por vontade dos pais, designadamente, quando estes solicitam que o filho seja submetido a intervenção médica (sem propósito terapêutico) ou não acatam indicação médica respeitante ao descendente. A propósito da solicitação parental de intervenção médica, são considerados dois *episódios* famosos, em que foram realizados actos médicos em crianças deficientes com *finalidade* susceptível de ser qualificada como *normalizadora* e *transgressiva* - as cirurgias de Georgia Bussey e o "tratamento de Ashley", respectivamente⁷.

Numa segunda obra⁸, procedeu-se a análise mais vasta da

⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Limites ao exercício das responsabilidades parentais em matéria de saúde da criança* cit., pp. 101 e s.

⁸ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Temas de Direito Pediátrico: Saúde da criança, capacidade e sujeição a responsabilidades parentais*, Coimbra, Gestlegal, 2021.

problemática da saúde da criança, efectuada predominantemente à luz do Direito da Família e orientada pelo seguinte plano:

Introdução

1. Apresentação e delimitação dos conteúdos
2. A condição jurídica geral da criança. Conexões com o tema da saúde
3. Responsabilidades parentais; outros instrumentos de promoção e protecção da criança. Referência ao internamento em centro educativo
4. A complexidade inerente à multiplicação de actores, lógicas e procedimentos
5. O nascituro: particularidades
 - I. A criança *em projecto*
6. Intenção de conceber e concepção não desejada (“wrongful conception”)
7. O acesso à procriação medicamente assistida (PMA)
8. A escolha do nascituro na PMA; o diagnóstico genético pré-implantação (DGPI) enquanto instrumento de selecção
9. As opções no período de gestação; o papel do diagnóstico pré-natal (DPN)
10. A criança diferente; “nascimento indevido” (“wrongful birth”) e “vida indevida” (“wrongful life”)
 - II. A criança enquanto beneficiária directa de acto médico não experimental
11. Profilaxia: a vacina
12. Diagnóstico: rastreio neonatal e teste preditivo
13. A intervenção terapêutica ou a pedido dos pais
14. Entre a vida e a morte
15. Saúde mental
- III. Sexualidade e reprodução
16. Planeamento familiar
17. Diagnóstico e tratamento de doenças sexualmente transmissíveis
18. A procriação; em particular, a PMA
19. Interrupção voluntária da gravidez (IVG)

20. Circuncisão

21. Identidade sexual

Por ocasião do lançamento deste livro⁹, *Temas de Direito Pediátrico*, aludiu-se à hipótese de se estar perante obra que teria formalizado a génese de um novo ramo do Direito, que, situado entre o Direito da Família, o Direito das Crianças, o Direito da Saúde, o Direito Penal, o Direito Constitucional, a Teoria Geral do Direito, pressupõe conhecimentos de áreas não jurídicas, como a Bioética e a Medicina.

Na verdade, aparentemente, a expressão “Direito Pediátrico” nunca fora antes usada numa publicação em língua portuguesa; e o enquadramento que é realizado no volume que usa a expressão, bem como no texto anterior, *Limites*, assume a particularidade de chamar a atenção para a vulnerabilidade intrínseca da criança, ampliada pela doença, e para a complexidade de um domínio em que se depara com pluralidade de protagonistas, vozes, preocupações ou tipos de preocupação.

Mas, por enquanto, não se afigura prioritário discutir se há ou não um novo ramo do Direito. Fundamental é, sim, considerar e aprofundar juridicamente questões com relevância prática, que, no mundo de língua portuguesa, merecem maior destaque.

3. As transfusões de sangue em benefício de criança cujos pais sejam Testemunhas de Jeová

Uma questão importante e recorrente é justamente a das transfusões de sangue em benefício de criança cujos pais sejam Testemunhas de Jeová.

⁹ Em 29 de Setembro de 2021, no Showroom Altice, Fórum Picoas, em Lisboa, com o apoio do IAC- Instituto de Apoio à Criança e da Fundação Altice Portugal. Usaram da palavra a Dr.^a Maria de Belém Roseira (Jurista com longa carreira cívica e política, que foi Ministra da Saúde do XIII Governo Constitucional), a Dr.^a Dulce Rocha (Presidente do IAC e antiga Procuradora da República), a Prof.^a Doutora Helena Pereira de Melo (Professora associada com agregação da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e Presidente da ABIO- Associação para o Estudo do Biodireito) e o autor.

A transfusão de sangue constitui procedimento rejeitado pela doutrina das Testemunhas de Jeová, com base na interpretação de trechos da Bíblia que proíbem a ingestão de sangue¹⁰.

Não oferece dúvidas que tem de ser respeitada a recusa do procedimento por doente adulto que beneficie de capacidade para prestar consentimento informado: a transfusão sem consentimento deste doente é susceptível de preencher o tipo de crime previsto no artigo 156.º do Código Penal¹¹.

Igualmente pacífica em Portugal e no restante mundo ocidental se tornou a ideia de que não é atendível a oposição parental, com fundamento religioso, a transfusão de sangue que se afigure necessária em benefício da criança. O aresto mais famoso sobre o assunto remonta a meados do século XX, o caso norte-americano *People Ex Rel. Wallace v. Labrenz*¹², no qual o Supremo Tribunal

¹⁰ PRATA, Cláudia Alves, "As Testemunhas de Jeová e a discriminação no acesso a tratamentos isentos de sangue", *e-Pública*, 3/2016, pp. 165-171, disponível em <https://e-publica.pt/article/34464>.

Os trechos bíblicos são os seguintes:

«Pois a vida de toda a carne é o sangue, e eu disse aos israelitas: "Não comereis o sangue de carne alguma, pois a vida de toda a carne é o sangue, e todo aquele que o comer será exterminado"» (Levítico, 17, 14).

«De facto, pareceu bem ao Espírito Santo e a nós não vos impor nenhum outro peso além destas coisas necessárias: que vos abstenhais das carnes imoladas aos ídolos, do sangue, das carnes sufocadas e das uniões ilegítimas. Fareis bem preservando-vos destas coisas» (Actos dos Apóstolos, 15, 28-29).

¹¹ Sob a epígrafe "Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários", o artigo dispõe:

"1 - As pessoas indicadas no artigo 150.º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

"2 - O facto não é punível quando o consentimento:

a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou

b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde;

e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.

"3 - Se, por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias.

"4 - O procedimento criminal depende de queixa."

¹² *People Ex Rel. Wallace v. Labrenz*, 411 Ill.618 (1952), disponível em <https://law.justia.com/cases/>

de Illinois confirmou sentença de tribunal de primeira instância. Entendeu-se que a transfusão de sangue imposta pelo Estado, contra a vontade dos progenitores, não violava os direitos constitucionais dos pais à liberdade de religião e de cuidar e educar dos filhos, invocando-se passagem de outro aresto¹³, em que se afirmava que o exercício do direito de liberdade de religião não permite que se ponha em perigo a vida e a saúde da criança; e que os adultos, sendo livres de se tornarem mártires, não podem tornar mártires os filhos que careçam de capacidade para tomar as suas próprias decisões.

Em Portugal, a primeira grande tomada de posição neste âmbito reconduz-se ao parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 8/91¹⁴, que, porém, não alude expressamente ao procedimento de transfusão de sangue. Pronunciando-se sobre a questão de saber como agir face à “recusa dos pais em internarem os filhos menores no hospital quando o seu estado de saúde é grave”, o parecer conclui que a decisão médica prevalecerá sobre a recusa parental, “quando o estado clínico do menor não se compadece com o recurso à via judicial”. Na argumentação do Procuradoria-Geral da República, não é lícito aos pais, enquanto titulares do poder paternal ou das responsabilidades parentais, colocarem em perigo a saúde da criança, opondo-se à prestação de cuidados médicos que são indispensáveis para que ela sobreviva ou não sofra lesões graves. Se houver tempo para apreciação judicial, haverá que solicitar ao tribunal a adopção de providências limitativas do exercício do poder paternal; caso contrário, a decisão clínica deverá prevalecer sobre a decisão dos pais, porque é a protecção do interesse da criança que corresponde ao objectivo primacial do poder paternal.

illinois/supreme-court/1952/32094-5.html.

¹³ *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944), disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/321/158/>.

¹⁴ Relatório por Ferreira Ramos, aprovado por unanimidade na sessão do Conselho Consultivo de 16 de Janeiro de 1992 (salvo quanto à conclusão 9.ª, relativamente à qual houve um voto de vencido), homologado pelo Secretário de Estado do Ministro da Saúde, publicado sucessivamente no *Diário da República*, II série, n.º 216, de 18-09-1992, p. 8820 (44 e s.), no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 418 (1992), pp. 285 e s., e na colectânea *Pareceres da Procuradoria-Geral da República*, vol. II, Lisboa, Gabinete de Documentação e Direito Comparado, s/data mas 1997, pp. 337 e s.

No presente século, foi aprovada a Lei da Liberdade Religiosa (pela Lei n.º 16/2001, de 22 de Dezembro), cujo artigo 11.º, sob a epígrafe “educação religiosa dos filhos menores”, preceitua no n.º 1 que “os pais têm o direito de educação dos filhos em coerência com as próprias convicções em matéria religiosa, no respeito da integridade moral e física dos filhos e sem prejuízo da saúde destes”. Sublinhe-se a parte final: *sem prejuízo da saúde dos filhos*.

A linha explicitada também se reflecte num parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida¹⁵, que, não obstante eventual objecção religiosa dos pais, considera justificada administração de sangue que se destine a salvar a vida da criança e evitar que ela sofra sequelas. E não falta doutrina nacional, anterior e posterior, em sintonia¹⁶.

Todavia, a convergência detectada não é total relativamente às crianças de 16 e 17 anos. Não porque se sustente que, em tal faixa etária pediátrica, mais avançada, os pais possam decidir como bem entenderem, o que seria absurdo, mas porque se pergunta se aquelas não terão já capacidade para recusar ou aceitar transfusão de sangue.

Por um lado, reconhece-se à criança que complete 16 anos de idade a faculdade de realizar por si as escolhas relativas a liberdade de consciência, de religião e de culto (artigo 11.º, n.º 2.º, da Lei da Liberdade Religiosa; e artigo 1886.º do Código Civil, *a contrario*).

Por outro lado, um conjunto influente de doutrinadores lusitanos extrai do artigo 38.º, n.º 3, do Código Penal, a regra de que possui capacidade de decidir sobre a sua própria saúde a criança

¹⁵ Parecer sobre objecção ao uso de sangue e derivados terapêuticos por motivos religiosos” (46/CNECV/05), disponível em <https://www.cneqv.pt/pt/deliberacoes/pareceres/parecer-sobre-objeccao-ao-uso-de-sangue-e-derivados-para-fins-te>.

¹⁶ ALMEIDA, Ana Costa de/ALMEIDA, Carlos Costa de, “Recusa de transfusões sanguíneas em tratamentos e intervenções médico-cirúrgicas. Perspectiva médica e jurídica”, *Separata de Estudos e Temas Jurídicos* (n.º 4) do *Boletim do Conselho Distrital de Coimbra da Ordem dos Advogados*, n.º 15 (2004), pp. 25-26, disponível em <http://www.oa.pt/Uploads/%7B8FA6829C-57CD-4BBD-8D90-F0AFBB4E662F%7D.pdf>; MARQUES, Rita Fonseca/GONÇALVES, Patrícia Trindade, “A recusa de transfusão - da prática à jurisprudência”, *Sub Judice*, 38 (2007), p. 98; PINHEIRO, Jorge Duarte, “Religião e Direito da Família”, *Revista de Direito Público*, VI/12 (2014), p. 93.

que tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance da decisão no momento em que a presta¹⁷.

Ora, em 2021, foi dada a conhecer¹⁸ a situação de uma criança de 16 anos internada no IPO- Instituto Português de Oncologia que padecia de leucemia aguda e recusou qualquer transfusão de sangue, em virtude de ser Testemunha de Jeová. Como os médicos admitiam que tal transfusão viesse a ser indispensável para salvar a vida da criança, o Ministério Público requereu instauração de processo judicial urgente de promoção e protecção, destinado a autorizar a instituição de saúde a proceder a transfusões de componentes sanguíneos adequadas o tratamento do jovem doente. Em primeira instância, a referida autorização foi concedida ao IPO.

Todavia, a criança, acompanhada pelos seus pais recorreu, tendo o Tribunal da Relação de Lisboa julgado improcedente a apelação¹⁹, por não ter sido alegado e provado que o doente com 16 anos de idade *tinha o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance da sua decisão de recusar a transfusão*.

Salvo o devido respeito, em nenhum caso os dados do ordenamento jurídico português vigente autorizam que uma criança de 16 anos de idade recuse procedimento médico essencial para preservar a sua vida.

Obviamente, o mero facto de completar 16 anos de idade não é suficiente: confere à criança capacidade de exercício do direito de

¹⁷ Cf., *supra*, nota 6. O artigo 38.º do Código Penal refere-se ao consentimento que exclui a ilicitude do facto tipificado como crime, determinando as condições de relevância do consentimento enquanto causa de exclusão de ilicitude: tem de “ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido” e “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” (n.º 3).

¹⁸ Cf., por exemplo, notícia “Tribunal admite que testemunha de Jeová de 16 anos recuse transfusão que lhe pode salvar a vida”, de Ana Henriques, publicada no jornal “Público” de 27 de Setembro de 2021, pp. 24-25 e disponível *on line* em <https://www.publico.pt/2021/09/27/sociedade/noticia/tribunal-admite-testemunha-jeova-16-anos-recuse-transfusao-salvar-vida-1978783>.

¹⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14-09-2021, processo 17922/21.8T8LSB.L1-7 (Carlos Oliveira), disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/be989eaa98ae733480258759004564ca?OpenDocument&Highlight=0,processo,17922%2F21.8T8LSB.L1-7%20>.

liberdade religiosa, mas não capacidade de prestar consentimento informado em caso de vida ou morte. Como decorre do artigo 11.º, n.º 1, da Lei da Liberdade Religião, *supra* citado, os campos da religião e da saúde são distintos.

No que toca à interpretação do artigo 38.º, n.º 3, do Código Penal, como contendo regra de capacidade aplicável à generalidade dos cuidados de saúde, que é defendida no acórdão em apreço, importa sublinhar que o artigo 38.º só prevê a relevância do consentimento como causa de exclusão de ilicitude dos factos tipificados na lei penal; tem em vista a responsabilidade penal, que se constrói segundo lógica de tipicidade e de última *ratio*. Salvo norma especial de Direito da Medicina, aplica-se o regime geral da incapacidade em razão da idade, impeditivo da validade do consentimento prestado por pessoa que ainda não tenha completado os 18 anos de idade.

Para mais, a ressalva do acórdão cria incerteza e propõe excepção que muito dificilmente se verificará na realidade: no caso concreto, como se pode provar que criança com 16 anos de experiência de vida mais ou menos limitada está em condições de possuir o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance de uma decisão que põe fim à sua própria existência?

4. Investir no Direito Pediátrico

Foi deliberadamente debatido problema que não é estranho ao jurista médio e ao cidadão comum. Um problema entre inúmeros dos que cabem no Direito Pediátrico. Outros há que, aqui e ali, despertam a atenção de especialistas e leigos (como sucedeu, em 2021, com a vacinação das crianças contra a Covid-19). Contudo, a maior parte dos assuntos pediátricos revelam-se importantes, na perspectiva social, complexos, intrigantes e originais, na perspectiva jurídica.

A discussão em torno das transfusões de sangue em benefício de crianças demonstra bem como ocasiões sensíveis põem à prova *enunciados consensuais*. Conceder aos pais a faculdade de recusar o procedimento equivaleria a negar autonomia à criança enquanto pessoa e enquanto titular de um interesse distinto. Negar à criança

a mesma faculdade ajusta-se à lógica que lhe retira capacidade geral para sua própria protecção, se bem que denuncie a natureza algo simbólica do discurso que atribui à criança tendencialmente os mesmos direitos de que é titular o adulto.

Em regra, ao contrário do adulto, a criança não pode exercer pessoal e livremente os direitos que lhe são conferidos (artigo 123.º do Código Civil); e afinal no quadro dos direitos em que tem de ser representada nem sequer se encontra, em princípio, o direito de consentir que lhe sejam prestados cuidados de saúde. O consentimento informado incumbe aos seus pais (artigo 6.º, n.º 2, da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina), na qualidade de progenitores vinculados ao dever de velar pela saúde do filho (artigo 1878.º, n.º 1, do Código Civil) – e não na qualidade de representantes da criança, uma vez que o poder de representação não compreende actos puramente pessoais (artigo 1881.º, n.º 1, do Código Civil).

Por força da sua imaturidade, a criança é frágil. Ser criança e doente amplia a sua vulnerabilidade; e a aludida imaturidade exclui o acesso ao consentimento informado, a um instrumento jurídico que mitiga a vulnerabilidade do doente²⁰.

Em suma, na prestação de cuidados de saúde, a criança depende de outros – primeiramente, de pais e médicos. Pais que podem não estar de acordo entre si; pais que podem discordar de médicos. E a divergência convoca mais protagonistas – juiz, Ministério Público, comissão de protecção de crianças e jovens. Enfim, uma multiplicação de dependências que tanto pode originar risco para quem se pretende proteger (ao retardar acto que não conviria adiar) como pode melhor tutelar a criança (ao deslocar a decisão sobre o acto médico da esfera parental para esfera judicial, propiciando escolha que não sacrifique o interesse do doente ao de outros membros da família).

Valerá ou não a pena...investir no Direito Pediátrico?

²⁰ SILVA, Maristela Freitas, "Consentimento informado: estratégia para mitigar a vulnerabilidade na assistência hospitalar", *Revista Bioética*, 25/1 (2017), pp. 30-38, disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422017251163>.