

NASCI MENINO, MAS SOU MENINA: A QUERELA DO CONSENTIMENTO DOS MENORES PARA A PRÁTICA ATO MÉDICO TENDO POR PRETEXTO A AUTODETERMINAÇÃO DA IDENTIDADE DE GÊNERO

I WAS BORN BOY, BUT I AM A GIRL:
THE QUESTION OF MINORS 'CONSENT TO MEDICAL CARE WITH THE
PRETEXT SELF-DETERMINATION OF GENDER IDENTITY

NACÍE MUCHACHO, PERO SOY NIÑA:
LA CUESTIÓN DEL CONSENTIMIENTO DE LOS MENORES PARA LA PRÁCTICA
DE ACTUACIÓN MÉDICA CON LA AUTO DETERMINACIÓN PRETEXTO DE LA
IDENTIDAD DE GÊNERO

HUGO DANIEL DA CUNHA LANÇA SILVA

<https://orcid.org/0000-0003-3407-8968> / <http://lattes.cnpq.br/1039757637549691> / hdlanca@gmail.com
Instituto Politécnico de Beja,
Portugal.

RESUMO

Este não é um estudo sobre identidade de gênero, nem pretendemos problematizar sobre o complexo conceito de sexo cromossômico e anatômico. A nossa intenção é muito mais humilde: aferir da capacidade de autodeterminação dos menores para consentimento de um ato médico em geral e para a autodeterminação da identidade de gênero em particular, confrontando a coerência entre ambos os regimes. Pelo percurso surgem considerações acidentais sobre a expressão do gênero, mas não nos desviamos da nossa rota que consiste em meditar sobre o direito à autodeterminação dos menores e mesurar o conceito de autonomia e capacidade de agir.

Palavras-chave: Ato Médico; Autodeterminação do Gênero; Consentimento; Menores;

ABSTRACT

This is not a study on gender identity, nor do we intend to discuss the complex concept of chromosomal and anatomical sex. Our intention is much more humble: to assess the ability of minors to self-determine for consent to a medical act in general and for the self-determination of gender identity in particular, confronting the coherence between both regimes. Along the way, accidental considerations arise about the expression of gender, but we do not deviate from our route, which consists of meditating on the right of minors to self-determination and measuring the concept of autonomy and capacity to act.

Keywords: Medical Act; Gender self-determination; Consent; Minors

RESUMEN

Este no es un estudio sobre identidad de género, ni pretendemos discutir el complejo concepto de sexo cromosómico y anatómico. Nuestra intención es mucho más humilde: evaluar la capacidad de los menores de autodeterminación para el consentimiento a un acto médico en general y para la autodeterminación de la identidad de género en particular, confrontando la coherencia entre ambos regímenes. En el camino surgen consideraciones accidentales sobre la expresión del género, pero no nos desviamos de nuestro recorrido, que consiste en meditar sobre el derecho de los menores a la autodeterminación y medir el concepto de autonomía y capacidad de actuar.

Palabras clave: Acto Médico; Autodeterminación de género; Consentimiento; Menores de edad.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 O CONSENTIMENTO DOS MENORES PARA ATO MÉDICO; 1.1 O Consentimento para Autodeterminação da Identidade de Género; 1.2 O Processo de Identificação do Género; 2 O DISCERNIMENTO COMO STATUS LIBERATÓRIO; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Era mais simples o mundo quando, alegadamente, se dividia entre o azul e o cor-de-rosa. Os homens queriam-se machos, num tempo em que o odor a cavalo era socialmente valorizado, e as meninas brincavam com bonecas, falavam francês e tocavam piano. Mas a alegada simplicidade do mundo escondia muitos tons de cinzento, porque a imaginação da realidade é sempre mais opulenta do que a ficção.

Dessarte, quer o género quer o sexo de uma pessoa são muito mais do que a genitália, pelo que o Jurista não pode ser autista¹ e ignorar a complexidade das coisas e, mais especificamente, o drama de muitas pessoas. Porque, sem eufemismos e sem temer a força das palavras, a querela da autodeterminação da identidade de género é dramática e pungente.

Como nos ensinou Ortega e Gasset, “sem o conceito, não saberíamos bem onde começa nem onde acaba uma coisa; isto é, as coisas como impressões são fugazes, fugidias, vão-se-nos de entre as mãos, não as possuímos”, pelo que iremos esgotar este introito com definições, procurando construir bases sólidas para as nossas cogitações ou, pelo menos, permitir que quem nos acompanha neste percurso partilhe das mesmas premissas.

Assim, quando falamos no sexo biológico de uma pessoa, encontramos três tipologias: masculino, feminino ou intersexo, sendo esta última a circunstância em que “uma pessoa que naturalmente, ou seja, sem qualquer intervenção médica, desenvolve características sexuais que são parte de ambas as definições típicas de sexo masculino e sexo feminino”². Refira-se que “as pessoas intersexo nascem com características sexuais (incluindo os órgãos e glândulas sexuais e o padrão cromossómico) que não se enquadram nas noções binárias tradicionais de corpo

¹ Usamos o vocábulo ciente de que se entende ser politicamente incorreto utilizar patologias como adjetivos, que é uma forma de estigmatização sobre quem padeça dessas enfermidades, pelo que o uso destas expressões como metáforas deviam ser banidas. Sabemo-lo, mas não o subscrevemos.

² A definição é oferecida pelas Nações Unidas, e pode ser encontrada aqui: <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2017/05/UNFE-Intersex.pdf>. Acesso em: 27 de jan. 2021.

masculino ou feminino”³, sendo que, segundo alguns estudos, entre 0,05% a 1,7% da população nasce com características intersexuais, embora, estes números sejam avançados por associações e personalidades ligadas a esta causa, bem como por literatura acadêmica comprometida com a temática⁴.

Se entendemos género como a representação social do indivíduo, uma “construção de fundo sociológico e absolutamente subjetiva, muito mais conectada com o papel que o indivíduo desempenha na sociedade do que com suas características físicas ou genéticas”⁵, por identidade de género referimo-nos “à percepção intrínseca de uma pessoa ser do género masculino ou feminino. A percepção de género é um processo de aprendizagem afetiva e cognitiva, dependente da interação com os pais, os pares e o ambiente no qual o indivíduo está inserido”⁶. Assim, no que concerne à percepção do género encontramos a dicotomia entre o sujeito cisgénero (aquele que apresenta identidade de género compatível com o sexo assinalado em seu nascimento) e transgénero (pessoa cujo sexo indicado no nascimento colide com a sua percepção de género).

No que concerne à expressão do género, os homens e as mulheres cruzam-se com os não binários, que podemos definir como aqueles que não se identificam nem com o género masculino nem com o género feminino⁷. Acresce que, plagiando à *Wikipédia*,

a identidade não binária é um chavão que engloba várias tipologias, mormente o agênero (ausência total de gênero), a andrógine (mescla de feminino com masculino), neutrois (identidade de gênero neutra), bigênero (identidade de gênero dupla ou ambígua), poligênero (identidade de gênero plural ou múltipla), gênero-fluido (identidade de gênero fluida), intergênero (identidade de gênero interligada a uma variação intersexo), demigênero (identidade de gênero

³ Neste caso, recorremos à definição da ILGA, disponível em: https://ilga-portugal.pt/noticias/Noticias/factsheet_un_intersexo.pdf Acesso em: 27 de jan. 2021.

⁴ Se tivermos por paradigma as pessoas que procuram assistência médica, os números são manifestamente inferiores (conforme, SÁ, Juliana Patrícia Marques. **Tratamento da Disforia de género**. [Em linha]. Instituto de Ciências Biomédicas Abel Salazar (ICBAS), Universidade do Porto; Centro Hospitalar do Porto. Porto: 2017, p. 3). Também aqui se aplica o axioma de Aristóteles e a verdade deverá estar no meio-termo. Para uma visão internacional, vide RODRIGUEZ, Fernánde; MORA, Patricia Guerra; SANCHEZ, Eloya Martín; Grupo GIDSEEN. Características de los menores de edad con disforia de género que acudem a la unidad de tratamiento de identidad de género. **Revista Española de Salud Pública**, vol. 91, 2017, pp. 1-9.

⁵ CUNHA, Leandro Reinaldo da. Identidade e redesignação de género: Aspetos da personalidade, da família e da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 25

⁶ SÁ, Juliana Patrícia Marques. **Tratamento da Disforia de género**, *cit.*, p. 1.

⁷ E são estes que mais dúvidas suscitam para os exegetas destas questões, somando-se as críticas; neste sentido, são lapidares as palavras infra: “ideologia subjacente à identidade de gênero postula que ambos os sexos são idênticos, que a feminilidade e a masculinidade são construções sociais, produto da imposição de uma cultura que é necessário erradicar, para conseguir garantir a plena igualdade em todos os planos da vida” (BARBOSA, Ana Mafalda Miranda. Direito à Autoderminação da identidade de gênero: reflexões em torno da Lei n.º 38/2018, de 07 de agosto. **FIDES**. Natal. V.10, n.º 2 (2019), p. 97, em diálogo com Maria Calvo Charro).

parcial), terceiro gênero (identidade de gênero fora do masculino ou feminino), trigênero (identidade de gênero tripla), maverique (um gênero que é presente fora dos gêneros masculinos, femininos e neutros) e, ainda, o pangênero (ter todos os gêneros acessíveis e possíveis dentro de sua vivência).

Porque a catalogação é extensa e com nuances que podem ofuscar os intérpretes, cometemos o pecado da generalização e confundindo as árvores com a floresta iremos usar indiscriminadamente o conceito geral de não binários.

Uma nota final, nesta prolixa introdução: identidade e expressão de gênero não se confundem com orientação sexual, sendo categorias distintas e estanques, pelo que é urgente desconstruir este preconceito. Do mesmo modo que nem os mais retrógrados dos nossos concidadãos ainda acreditam que os homens homossexuais são efeminados ou as mulheres homossexuais são masculinizadas, hoje sabemos que a preferência sexual não se relaciona com trejeitos e modos de viver e vestir, donde, não podemos cair no erro de entender que há uma correlação entre a diversidade de identidade e expressão de gênero e a sexualidade de cada um; dessarte, independentemente de ser um homem, uma mulher ou não binário, qualquer pessoa pode sentir atração sexual por alguém do sexo oposto (heterossexual), por alguém do mesmo sexo (homossexual), por pessoas de ambos os sexos (bissexual) ou não ter, ou ter pouco ou quase inexistente interesse ou atração sexual por qualquer pessoa (assexual).

No que concerne à metodologia de pesquisa utilizada, esta assentou na combinação de três eixos teórico-metodológicos, consubstanciando-se na (i) pesquisa dogmática, no que concerne ao recurso da doutrina, jurisprudência e legislação coeva, na (ii) pesquisa sociojurídica, procurando identificar e analisar as incoerências do sistema jurídico relacionando-o com outras ciências, e na (iii) pesquisa epistemológica, alicerçada no estudo do sistema jurídico no seu todo e das normas jurídicas e dos conceitos jusfilosóficos que o compõem.

1 O CONSENTIMENTO DOS MENORES PARA ATO MÉDICO

Nas últimas décadas, mais na literatura das elites do que na prática quotidiana, a medicina deixou de ser uma “arte silenciosa”⁸, um sacerdócio⁹ exercido na penumbra, em que a vontade do paciente era irrelevante para o exercício do ministério da medicina, reconhecendo-

⁸ OLIVEIRA, Guilherme de. O Fim da Arte Silenciosa: o Dever de Informação dos Médicos. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Coimbra. a.128 n.3852 (1995), n.3853 (1995), pp. 70 e ss.

Sobre a “dessacralização” da medicina, *vide* BAUDRILLARD, Jean. *A Sociedade do Consumo*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1975, pp. 232 e ss.

⁹ O “plano mágico e quase religioso” de que disserta PEREIRA, André Dias. *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo de Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 32

se ao médico o direito de atuar a seu bel-prazer, tendo por escopo os seus critérios porque o cumprimento de Hipócrates não permitia a absurda intromissão e néscia do doente¹⁰. Sopram novos ventos e hodiernamente “é o consentimento do doente, livre e esclarecido, que legitima a prática do ato médico que, de outro modo, constitui um ato ilícito do ponto de vista do direito civil e constitui um crime de “intervenção arbitrária” do ponto de vista do direito penal”¹¹.

Com efeito, resulta do disposto no art. 150.º do Código Penal Português (CP) que

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, sempre que 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 (art. 156.º, do CP), exigindo-se destes um dever de esclarecimento, pelo que 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 (art. 157.º, do CP),

porquanto se considera que estamos perante valores com axiologia constitucional, mormente os princípios do direito à integridade física, do livre desenvolvimento da personalidade (expressamente previsto no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa - CRP) e da autonomia da pessoa humana.

O axioma é também válido para menores maiores de dezasseis anos¹², quando possuem o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento, como resulta do disposto no n.º 3 do art.º 38.º do CP, que, em linha com a Convenção sobre os Direitos da

¹⁰ Neste sentido, são célebres as citações “faz tudo ocultando ao doente a maioria das coisas [...] distrai a sua atenção. Anima-o sem lhe mostrar nada do que se vai passar nem do seu estado atual” (Hipócrates - Sobre a decência) ou “eu penso que há até o direito de se operar sempre. Até contra vontade do doente. Penso e tenho-o feito. (...) Por duas vezes no hospital fiz adormecer doentes contra sua vontade, mantidos à força pelos seus vizinhos válidos. Operei-os e salvei-os (...)”. Jean Louis FAURE - *A alma do cirurgião*, 1929.

¹¹ OLIVEIRA, Guilherme de. *O Direito ao Diagnóstico Pré-Natal*. In: *Temas de direito da medicina*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 225.

¹² Refira-se que até à revisão de 2007, a idade de referência eram os catorze anos; criticamente alega-se que a ideia parece 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 médico” (AZENHA, Paula Alexandra dos Reis. *Consentimento informado: a (in)capacidade dos menores na escolha de tratamentos médicos*. Lisboa. Universidade Lusíada. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11067/2246>, p. 69 . Acesso em: 2 de fev. 2021).

Criança¹³ e a Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina¹⁴, reconhece expressamente a estes menores legitimidade para consentirem agressões na sua esfera jurídica, tendo por premissa a autonomia dos menores no exercício dos seus direitos de personalidade, coerentemente com outras soluções legais análogas, mormente a legalidade do casamento (ainda que sujeito a autorização), a imputabilidade penal, a maioridade religiosa, a maioridade sexual, mitigada aos catorze anos, plena aos dezasseis, *inter alia*. Não obstante, o regime jurídico é esquizofrénico nas suas contradições, porquanto, concomitantemente com o reconhecimento da maioridade médica aos dezasseis anos¹⁵, encontramos normas crucias como a Lei n.º 25/2012, de 16 de julho, que regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, em que a legitimidade para o consentimento é a maioridade civil (o que também vamos encontrar na Lei da eutanásia, recentemente aprovada pelo Parlamento português) ou, em sentido contrário, a Lei da Saúde Mental em que a idade de referência continua a ser os catorze anos (não obstante o art. 5.º do diploma ter recebido uma nova roupagem em 2018, sem que esta idade tenha sofrido alteração, tornando muito audaz uma interpretação atualística da norma em sentido divergente à letra da lei).

Questão complexa e controvertida perante o silêncio da lei é a relevância do consentimento para ato médico do paciente menor de dezasseis anos que, não obstante a idade, tem maturidade suficiente para expressar a sua vontade e esta é livre, séria, esclarecida e consciente, i e., aquilatar se este estará habilitado a prestar consentimento, sobretudo na circunstância de existirem divergências entre a sua vontade e a vontade dos seus representantes legais. Plagiamos palavras alheias porque também entendemos que a

questão é pertinente. Se os fundamentos assinalados ao dever de obter consentimento são o direito à integridade pessoal, o direito à autodeterminação nos cuidados de saúde, em homenagem ao reconhecimento da dignidade da pessoa do doente, então o direito de prestar consentimento é um direito pessoal,¹⁶

¹³ 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 (n.º 1, do art. 12.º).

¹⁴ Que dispõe: 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 (n.º 2, do art.º 6.º, *in fine*).

¹⁵ Por todos, OLIVEIRA, Guilherme de. *Temas de direito da medicina*. 2. ed. aumentada. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 241.

¹⁶ MARTINS, Rosa Cândido. *A Criança, o Adolescente e o Acto Médico. O Problema do Consentimento*. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977 / Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*.v.1. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 809. No mesmo sentido, Dias PEREIRA refere que “consentir numa intervenção médica é um ato pessoalíssimo, que tutela os bens jurídicos da mais elevada dignidade axiológica e constitucional: integridade física e moral da pessoa humana” (PEREIRA, André Gonçalo Dias. *A Capacidade para Consentir: um Novo Ramo da Capacidade Jurídica*. In:

importa questionar como se compatibiliza o exercício deste direito com um ordenamento jurídico que parece insistir em declarar a inidoneidade dos menores para agir juridicamente.¹⁷

Para benefício da exposição, permita-se-nos apresentar a nossa tese recorrendo a um exemplo, o alpinista de que fala Francisco CARNELUTTI¹⁸, para nos auxiliar na transmissão do nosso raciocínio, e trazer à colação a temática da interrupção voluntária da gravidez: adotemos como paradigma uma gravidez adolescente indesejada de uma jovem de 15 anos que, não obstante a conjuntura, deseja continuar a gravidez, v.g., por imperativos religiosos, contra a oposição dos seus pais que são veementemente contra o nascimento da criança (que até poderia ter por destino a adoção, inquinando desta forma uma contra-argumentação de cariz económica), para indagar se nesta circunstância será admissível realizar a intervenção perante a explícita recusa da jovem alegando a concordância dos seus representantes legais.

A norma posta portuguesa não oferece uma resposta categórica; resulta do texto da norma que a licitude do aborto até aos dezasseis anos exige autorização do representante legal da adolescente, de acordo com o disposto no n.º 5 do art. 142.º do CP. Mas, a norma, apenas na aparência, dissolve a problemática. Dessarte, não é lícito inferir-se da norma posta que a sua vontade seja irrelevante¹⁹ e, conseqüentemente, que a intervenção possa concretizar-se contra a sua vontade²⁰. Até por uma questão que antes de ser ética é etimológica: se a esta jovem está contra a realização do aborto como violentá-la a submeter-se a uma interrupção “voluntária” da gravidez²¹. Como no poema de José Régio, “posso não saber para onde vou, mas sei que não vou

Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977 / Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2.v. Coimbra: Coimbra Editora, 2004-2006, p. 201).

¹⁷ Especialmente quando confrontados com “autores que consideram estarmos em face da capacidade negocial de gozo quando nos referimos ao exercício de direitos de natureza estritamente pessoal que não podem ser assumidos por outrem em nome e em vez do titular (sendo, então, a capacidade de gozo insuprível)” (MOREIRA, Sónia. A Autonomia do Menor no Exercício dos seus Direitos. *Scientia Iuridica*. Braga. t.50, n.291(2001), p. 159 (nota 1)).

¹⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Metodologia do Direito*. Trad. Luis da Câmara Pinto Coelho. Lisboa: Esc. Topográfica das Oficinas de S. José, 1940, p. 79.

¹⁹ Até porque, e enfatizamos o óbvio, “o consentimento refere-se ao que o doente deseja para si próprio e não ao que uma terceira pessoa ambiciona para aquele mesmo doente” (AMORIM, Ana. O consentimento informado de menores: reflexões críticas sobre a lei atual. *Lex Medicinæ*. Coimbra. Revista portuguesa de direito da saúde. A. 8, n. 15 (2011), p. 115).

²⁰ A interpretação sistemática parece dar-nos razão: se a jovem mãe pretende abdicar da maternidade, cedendo a criança para adoção, conforme o disposto na alínea c) do art.º 1981.º do CC, é necessário o seu consentimento, ainda que menor, sem qualquer exceção para a idade; entende o legislador que a transcendência do ato não permite que a vontade da menor seja desconsiderada; no caso da interrupção voluntária da gravidez, não nos parece admissível uma solução diferente.

²¹ Como nós, RIBEIRO, Geraldo Rocha. Quem Decide pelos Menores? (Algumas Notas sobre o Regime Jurídico do Consentimento Informado para Actos Médicos). *Lex Medicinæ*. *Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Coimbra. a. 7, n. 14 (2010), pp. 129 e ss. e RIBEIRO, Jorge Martins. *O Direito do Homem a*

por aí”. Pelo contrário, defendemos que se a menor tem discernimento, se tem maturidade suficiente para decidir, então, a ordem jurídica é inapta para sonegar-lhe capacidade de agir, pelo que, perante a sua recusa, os *pais* não estão legitimados para autorizar a realização da intervenção. Defender o contrário traduzir-se-ia no “absurdo de permitir que os representantes legais pudessem realizar compromissos jurídicos que tocam em direitos de personalidade do menor²² [...], quando este já tem maturidade suficiente, contra a vontade deste”²³, violando-se o princípio axiológico-constitucional ao livre desenvolvimento da sua personalidade. A exceção, ou seja, a circunstância em que é plausível que a interrupção “voluntária” da gravidez se faça contra a vontade da menor, exigiria autorização judicial, tendo como paradigma o interesse superior da menor²⁴ e, repetimos, apenas se justifica quando a menor não demonstrar discernimento para determinar de forma livre e esclarecida a sua vontade.

Ciente da ubiquidade da questão, André Dias Pereira alega que

só quando por razões biopsicológicas se deva concluir que a pessoa em causa não tem discernimento necessário para avaliar o alcance e o significado do consentimento se poderá justificar o recurso a outras causas de justificação:

Rejeitar a Paternidade de Filho Nascido Contra a sua Vontade. A Igualdade na Decisão de Procriar. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 168.

²² Incisivo, Pedro VASCONCELOS, afirma que “não pode ser admitido que uma pessoa domine juridicamente bens de personalidade de outrem. Isso equivaleria ao domínio pessoal ou à escravatura” (VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de. *A Autorização*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 18).

²³ ORLANDO, Carvalho. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 206. No mesmo sentido, afirma-se que “no que tange ao dissentimento ou recusa ao tratamento, verifica-se que se a criança for capaz de compreender o alcance, a índole e as consequências da intervenção e da recusa ao cuidado médico, deve ser considerada capaz para dissentir” (TORRES, Felipe Soares. *A autonomia Progressiva das Crianças e dos Adolescentes. Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*. Coimbra. a.7, n.14(2010), p. 34).

Em sentido semelhante alega-se que “a liberdade de dispor do corpo ou da própria vida é uma liberdade pessoal, que não se comunica ao representante legal, nem é violada por se contrariar a vontade do representante” (ANDRADE, Manuel da Costa. *Anotação ao Artigo 156º*. In: DIAS, Jorge de Figueiredo [Dir.] *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 603).

Até porque, sendo axiomático que os pais, normalmente, “estão comprometidos com seus filhos e que a sociedade lhes dá o direito de tomar decisões importantes em nome de seus filhos, não nos podemos esquecer que os pais têm o seu próprio interesse nas decisões sobre o tratamento médico, sobre salvar as vidas ou não, pelo que nem sempre são defensores imparciais dos seus filhos, podem ter uma decisão tendenciosa no sentido de uma promoção de seus próprios valores e interesses” (MICHALOWSKI, *apud* BRIDGEMAN, Jo - *In the Best Interests of the Child?* In: BRIDGEMAN, Jo - *Parental Responsibility, Young Children and Healthcare Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 141 [trad. nossa]). Dessarte, legitimar os pais para decidirem sobre os cuidados médicos dos filhos pode tornar-se muito complexo quando coexistem filhos e o melhor interesse de uma criança colide com o interesse da outra. Neste sentido, trazemos à colação o magnífico filme *My Sister's Keeper* (de Nick CASSAVETES), que retrata a história de uma criança gerada por meio de fertilização *in vitro* para permitir salvar a sua irmã que padece de uma leucemia.

²⁴ No mesmo sentido que nós, CORTÉS, citado por PEREIRA, André Dias. *A Capacidade para Consentir: um Novo Ramo da Capacidade Jurídica, cit.*, pp. 245/246, nota 143.

máxime o consentimento presumido ou a autorização prestada por representante legal²⁵,

sustentando a estatuição de um regime jurídico específico para a limitação dos direitos de personalidade, partindo do primado da capacidade de agir, que só seria afastado quando ficasse demonstrado que aquele menor carece das capacidades intelectuais, volitivas e emocionais que lhe permitam assumir *aquela* decisão²⁶. O que subscrevemos sem reservas. Aliás, foi este o caminho que assertivamente se trilhou no que concerne aos maiores acompanhados²⁷, exterminando-se o abjeto regime dos interditos que eram despojados do exercício dos seus direitos, também, alegadamente, para sua proteção; no regime legal coevo, “o maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos” (art. 138.º do Código Civil), beneficia das medidas de acompanhamento estatuídas no código, casuisticamente e tendo por paradigma a idiosincrasia daquela pessoa em concreto, apenas sendo decretadas as medidas de acompanhamento que se reputarem por estritamente necessárias, tendo por premissa a alternativa menos restritiva.

Mas porque não pretendemos escamotear a complexidade da questão, reconhecemos que duas perguntas ficaram sem resposta: como aferir se aquele menor tem discernimento para consentir? como se mensura a sua maturidade para formar e determinar livre e conscientemente a sua vontade? Porque a querela é intrincada, convocamos a multidisciplinariedade e defendemos que devem ser carrilados para este processo técnicos especializados sendo que “é a concreta avaliação que o médico leve a cabo sobre a capacidade para consentir do menor”²⁸, em diálogo com assistentes sociais, psicólogos, juristas, que irá decidir sobre se estão reunidos os requisitos para que o consentimento seja livre e esclarecido.

Aqui chegados, não distinguimos consentimento de dissentimento: se sustentámos que deve ser reconhecida aos menores a capacidade de consentir, então, conseqüentemente,

²⁵ PEREIRA, André Dias. *A Capacidade para Consentir: um Novo Ramo da Capacidade Jurídica*, *cit.*, p. 202.

²⁶ PEREIRA, André Dias. *A Capacidade para Consentir: um Novo Ramo da Capacidade Jurídica*, *cit.*, pp. 216/217. No mesmo sentido, pronunciam-se 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, pp. 542-546.

²⁷ Sobre o tema, *vide* LANÇA, Hugo Cunha. A capacidade de agir da pessoa com deficiência: proposta hermenêutica da norma posta relativa ao maior acompanhado. *Revista de Direito Brasileira*. Florianópolis V. 23, n.º 9 (2019), pp. 323-341.

²⁸ PEREIRA, André Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente...cit.*, p. 319. No mesmo sentido, CORTINA, José Miguel de la Rosa. El Derecho al Honor, Intimidad y Propia Imagem de los Menores: Perspectivas en Derecho Civil, Penal y en Reforma de Menores. *Revista del Poder Judicial*. Madrid. n.72, p. 24

também lhes deve ser permitido o poder de recusar um tratamento ou intervenção médica²⁹, no exercício do seu direito fundamental de recusa de tratamentos, quer esta se funde na liberdade de consciência (art. 41.º n.º 1 da CRP), quer no direito à integridade física e moral (art. 25.º n.º 1 da CRP), quer ainda na liberdade religiosa (art. 41.º da CRP)³⁰. Posição inversa seria castrar o exercício deste direito, ficando a vontade dos menores coartada e dependente da concordância médica e/ou dos seus representantes legais (o velho axioma do pai que informa o filho que, quer queria quer não queira, vai ser bombeiro voluntário), i. e., reconhecer ao menor a capacidade de decidir desde que ele decida o que os adultos querem que ele decida.

O que defendemos funda-se na profunda convicção de que a capacidade autodeterminativa do menor é um direito personalíssimo do indivíduo, sendo esta o que lhe vai permitir construir a sua identidade³¹ e a sua ipseidade, pelo que se o ser humano se desenvolve com o devir da idade, potencializando as suas competências e conquistando novas capacidades, o mundo jurídico não poderá permanecer “surdo” ao devir da criança, exigindo-se do Jurista que interprete a criança, não como um menor, mas, como um ser humano.

1.1 O Consentimento para Autodeterminação da Identidade de Género

Regressamos à nossa rota depois destas considerações sobre a autodeterminação da vontade dos menores para confrontar o princípio geral que retiramos do ordenamento jurídico com o regime jurídico específico para a autodeterminação da identidade de género, plasmado na Lei n.º 38/2018, de 7 de agosto³².

²⁹ Em sentido não inteiramente coincidente, *vide* 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, pp. 359 e ss.

Ainda neste sentido, Rosa Martins defende que a opinião do menor deverá ser respeitada “com uma ressalva: a de que da não realização do tratamento não resulte perigo grave para a vida ou saúde da criança” (MARTINS, Rosa Cândido. *A Criança, o Adolescente e o Acto Médico. O Problema do Consentimento*, *cit.*, p. 825).

³⁰ Como nós, André Dias PEREIRA entende 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” (PEREIRA, André Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente...*, *cit.*, p. 321).

³¹ Assim, BALLARANI, Gianni. *La Capacità Autodeterminativa del Minore*. In: FALCHI, G. L./IACCARINO, A. *Legittimazione e Limiti degli Ordinamenti Giuridici*. Città Del Vaticano: Lateran University Press, 2012, p. 466.

³² Para uma diáspora sobre a abordagem ao tema no espaço jurídico europeu, *vide* CUNHA, Leandro Reinaldo da. Direitos dos transgêneros sob a perspetiva europeia. *Debater a Europa*. N.19 jul/dez 2018 - Semestral, pp. 47-55.

Partindo do primado que têm legitimidade para requerer o procedimento de mudança da menção do sexo no registo civil e da conseqüente alteração de nome próprio as pessoas de nacionalidade portuguesa, maiores [...] ³³, cuja identidade de género não corresponda ao sexo atribuído à nascença, no que concerne aos menores maiores ³⁴ dispõe que as pessoas de nacionalidade portuguesa e com idade compreendida entre os 16 e os 18 anos podem requerer o procedimento de mudança da menção do sexo no registo civil e da conseqüente alteração de nome próprio, através dos seus representantes legais, devendo o conservador proceder à audição presencial do requerente, por forma a apurar o seu consentimento expresso, livre e esclarecido, mediante relatório por este solicitado a qualquer médico inscrito na Ordem dos Médicos ou psicólogo inscrito na Ordem dos Psicólogos, que ateste exclusivamente a sua capacidade de decisão e vontade informada sem referências a diagnósticos de identidade de género, tendo sempre em consideração os princípios da autonomia progressiva e do superior interesse da criança constantes na Convenção sobre os Direitos da Criança (n.º 1 e 2, do art.º 7.º, da norma supra referida).

Desde logo, são tantas as condicionantes que se exige ao intérprete fôlego hermenêutico para não se perder argumentativamente. Com efeito, (i) o menor requer, (ii) através dos seus representantes legais ³⁵, (iii) o conservador procede à audição presencial do menor [sendo que os conservadores, por definição, estatuto e formação são especialistas na audição dos menores!], (iv) ainda anexado um relatório de um médico ou de um psicólogo [sic], que ateste exclusivamente a sua capacidade de decisão e vontade informada, sem referências a diagnósticos de identidade de género (v) tendo, posteriormente o conservador um prazo para decidir, existindo a possibilidade de recurso hierárquico para o presidente do Instituto dos Registos e do Notariado, I. P., caso a decisão seja desfavorável (art. 9.º, do mesmo diploma).

Em síntese, a melhor interpretação da norma posta é a de que está vedada autodeterminação de género aos menores de 16 anos e que os menores maiores apenas têm legitimidade quando secundados pelos seus representantes legais e após um processo médico-burocrático formal.

A nossa perplexidade é o que justifica este regime excecional. Permita-se-nos o recurso à demagogia pela sua robustez enquanto argumento de retórica: como vimos, a doutrina

³³ Suprimimos a parte do artigo que nos remete para os interditos e inabilitados por anomalia psíquica, porquanto este regime, em boa hora foi revogado, como, mesmo antes, a referência era despropositada.

³⁴ E, refira-se que, não obstante os constrangimentos legais e sociais, os menores que nos primeiros dois anos de vigência da lei, solicitaram a alteração de género são cerca de 30, num universo de 418 pessoas (conforme Jornal Público, disponível em: <https://www.publico.pt/2020/08/08/sociedade/noticia/quase-30-menores-ja-pediram-mudar-nome-genero-cartao-cidadao-1927493>. Acesso em: 29 de jan. 2021.

³⁵ Mitigadamente no mesmo sentido, alega-se que “a solução legal afigura-se estranha. Na verdade, se se admite que o menor presta de forma livre e esclarecida o seu consentimento e se atesta a sua capacidade para entender o alcance do ato que está a praticar, não se entende por que razão se há-de fazer intervir o representante legal no caso. Verdadeiramente, a cautela espelha a convicção de que, numa matéria deste melindre, talvez o consentimento possa não corresponder a um ato maturado e esclarecido do menor” (BARBOSA, Ana Mafalda Miranda. *Direito à Autoderminação da identidade de género*, cit., p. 91).

maioritária sustenta que um adolescente de dezasseis anos, por exemplo por razões religiosas, pode recusar tratamento médico (v.g., uma transfusão de sangue³⁶), mesmo que desta legítima recusa resulte ou possa resultar a sua morte, tendo por premissa axiológica a sua capacidade de autodeterminação. Pelo que, a questão exige-se: se é pacífico o direito a morrer, porque razão o legislador se encheu de prúidos quando em causa está a autodeterminação do género que, diferentemente da morte, parece ser para o legislador um assunto demasiado sério para deixar na disponibilidade do desvario dos adolescentes? Como ensina a *vox populi* na sua soberba sabedoria, não dá a bota com a perdigota.

Mas não nos iludamos. Há razões que a razão não desconhece para este regime jurídico excepcional que colide frontalmente com o primado da autodeterminação dos menores maiores: o preconceito.

Preconceito cuja motivação não é física quântica determinar: muitos dos que hoje legislam e escrevem sobre temáticas jurídicas cresceram num tempo em que a homossexualidade era um crime³⁷ e qualificada como um distúrbio psicológico; nas escolas que receberam a sua meninice o mundo era pacífico e dividia-se entre os meninos que jogavam à bola e fingiam guerras e as meninas que pulavam à corda e faziam o jogo de bate-mãos enquanto cantarolavam. Para estes e para tantos outros, intersexo, identidade de género, pessoas não binárias, cirurgia de reatribuição do sexo, são bizarras exotéricas complexas de interiorizar, que muitos reputam de uma ideologia de género com uma agenda oculta que pretende exterminar os géneros e criar uma sociedade distópica sem sexos. Mas, como na frase apócrifa amiúde atribuída a Schopenhauer, “qualquer verdade passa por três estágios: primeiro, é ridicularizada. Segundo, é violentamente combatida. Terceiro, é aceita como óbvia e evidente”. Pelo que, não apenas o preconceito deve merecer o repúdio do Jurista como, por contraintuitivo que seja para uma pauta mais conservadora, estas realidades existem e vão impor-se com a força das evidências. Pelo que a questão é: quanto mais sofrimento vamos impor a quem já sofre?

³⁶ Sobre o tema, vide o Parecer 46/CNECV/05, do Conselho Nacional para a Ética e Ciências da Vida.

³⁷ Sobre a evolução legislativa dos chamados crimes-pecado, vide REZENDE, William. **Disforia de género: Cartografias da psicopatologia sexual contemporânea**. Rio de Janeiro. Tese de Doutorado. Departamento de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2019, pp. 18 e ss.

1.2 O Processo de Identificação do Gênero

Fazemos uma pausa argumentativa para indagar sobre os afluentes que convergem no rio que dissecamos, especificamente, desnudar o processo de identificação de gênero em geral e o processo de redesignação de sexo em particular.

A “disforia de gênero³⁸ envolve um sentimento forte e persistente de que o sexo anatômico da pessoa não corresponde ao sentimento interno da pessoa de ser do sexo masculino, feminino, misto, neutro ou algo diferente (identidade de gênero)”³⁹, provocando um incomensurável sofrimento causado pela incongruência entre o sexo experimentado e o sexo que lhe foi designado. Assim, não espanta que a abordagem à disforia de gênero exija uma equipa multidisciplinar cujo trabalho se vai desenvolver por cinco fases: diagnóstico, psicoterapia, experiência de vida real, tratamento hormonal e cirurgia⁴⁰.

No que concerne ao diagnóstico, é um “processo moroso, complexo e rigoroso, que deve ser realizado por um profissional de saúde mental (psicólogo, psiquiatra, sexólogo), de preferência especializado em transtornos sexuais”⁴¹.

³⁸ Recorde-se que no DMS V- o Distúrbio da Identidade de Gênero em Adultos e Adolescentes, passou a designar-se Disforia de Gênero em Adultos e Adolescentes e o Distúrbio da Identidade de Gênero na Infância alterou-se para Disforia de Gênero na Infância, de forma a torná-la menos estigmatizante e afastá-la das parafilias e disfunções sexuais.

Os critérios de Diagnóstico para DG em crianças do DSM-V, são: acentuada incongruência entre o gênero experimentado/expresso e o gênero designado de uma criança, com duração de pelo menos seis meses, manifestada por pelo menos seis dos seguintes; forte desejo de pertencer ao outro gênero ou insistência de que é do sexo oposto (ou algum gênero alternativo diferente do designado); em meninos, preferência por travestismo ou simulação de trajes femininos; em meninas, insistência em usar apenas roupas estereotipadamente masculinas; preferências intensas e persistentes por papéis do sexo oposto em brincadeiras de faz-de-conta ou de fantasias persistentes acerca de ser do sexo oposto, intenso desejo por brinquedos, jogos ou atividades estereotípicos do sexo oposto; forte preferência por brincar com companheiros do sexo oposto; em meninos, forte rejeição de brinquedos, jogos e atividades tipicamente masculinos e forte evicção de brincadeiras agressivas e competitivas; em meninas, forte rejeição de brinquedos, jogos e atividades tipicamente femininas; intenso desgosto com a própria anatomia sexual; desejo intenso por características sexuais primárias e/ou secundárias compatíveis com o gênero experimentado.

Sobre a evolução legislativa dos chamados crimes-pecado, vide REZENDE, William. **Disforia de gênero: Cartografias da psicopatologia sexual contemporânea**, *cit.*, pp. 32 e ss. Para uma crítica feroz, do que qualificam como transamérica, por ser consequência de uma “síndrome cultural americana”, vide HENRIQUES, Rogério da Silva Paes; LEITE, André Filipe dos Santos. A disforia de gênero como síndrome cultural norte-americana. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 27, n. 3, 2019, *passim*.

³⁹ A definição foi-nos oferecida pela MSD, disponível aqui: <https://www.msmanuals.com/pt-pt/casa>. Acesso em: 28 de jan. 2021.

⁴⁰ Conforme, SÁ, Juliana Patrícia Marques. **Tratamento da Disforia de gênero**, *cit.*, p. ii.

⁴¹ SÁ, Juliana Patrícia Marques. **Tratamento da Disforia de gênero**, *cit.*, p. 5. Sobre a complexidade do diagnóstico, vide OLIVEIRA, Ana Gabriela, VILAÇA, Ana Filipa e GONÇALVES, Daniel Torres. Da

Concretizado este, com o rigor que se lhe exige, inicia-se um processo de psicoterapia⁴², quer com o próprio quer com o seu agregado pessoal, procurando otimizar o seu bem-estar psicológico, bem como, facultando-lhe as ferramentas emocionais para conseguir enfrentar aquilo que indiscutivelmente é um “trabalho de Sísifo”, para, num momento posterior, iniciar-se uma experiência de vida real na qual o transgénero deverá assumir no seu quotidiano, num período nunca inferior a doze meses, o género com o qual se identifica.

Só depois deste período angustiante, que demasiadas vezes exige a tenacidade com que Ulisses se fez amarrar ao mastro do barco para não se deixar desviar do rumo pelo canto das sereias, é que se dá a chegada a Ítaca que neste contexto consiste no início do processo de tratamento hormonal, procurando-se com a hormonoterapia a quadratura do círculo de simultaneamente tentar minimizar as características sexuais do sexo biológico e induzir os caracteres sexuais do sexo desejado através da administração exógena de hormonas sexuais. Refira-se que este tratamento hormonal poderá provocar alterações físicas irreversíveis pelo que demanda um elevado grau de comprometimento físico e emocional e económico, as mais das vezes. Só depois de calcorreado este longo trajeto é que se encontram reunidas as condições para o tratamento cirúrgico, que, não obstante ter tido o seu primórdio em 1930⁴³, ainda hoje é objetivamente complexo.

Deixo aqui o caleidoscópio da reatribuição do sexo com a insustentável leveza que não é de Kundera para enfatizar o óbvio: ninguém se submete a este processo, de renegação da sua identidade primária, com leviandade e imponderação, antes, é o culminar de uma indizível angústia interior que merece da comunidade em geral e dos Juristas em particular respeito e consideração. Dessarte, esta odisseia recorda-nos o facto de por mais de mil anos, na China, cujos valores estéticos exigiam que as mulheres tivessem pés pequenos, as crianças usavam tiras de pano, cada vez mais apertadas, ao ponto de dobrar os dedos dos pés, e calçavam sapatos curtos e estreitos para formatar os pés. Hoje, enoja-nos recordá-lo e, felizmente, achamos execrável que os pais tentem moldar o corpo dos seus filhos de acordo com os seus estereótipos, mas ainda convivemos tranquilamente com a formatação da pessoa num género e num sexo que não é o seu, impondo-lhes os nossos valores e preconceitos.

transexualidade à disforia de género: protocolo de abordagem e orientação nos cuidados de saúde. *Revista Portuguesa Medicina Geral Familiar* (2019), pp. 212 e ss.

⁴² Quando alertamos para a necessidade de acompanhamento psicológico não é por considerarmos que estamos na presença de uma patologia psíquica, mas porque todos os estudos confirmam o que empiricamente não ignorávamos, este é um processo complexo de profunda angústia e que exige acompanhamento especializado.

⁴³ Conforme, SÁ, Juliana Patrícia Marques. *Tratamento da Disforia de género*, *cit.*, p. 18.

2 O DISCERNIMENTO COMO *STATUS* LIBERATÓRIO

Introduzido o anacoluto para sensibilizar o leitor para a complexidade do processo, retomamos o anterior caminho para apreciar criticamente o regime jurídico vigente. Defendemos nestas linhas que o discernimento deve libertar os jovens da subjugação à autoridade parental e reconhecer-lhes autonomia para o exercício dos seus direitos de personalidade. Nesse sentido, assumimos a nossa crítica à pseudo rigidez do instituto da menoridade e ao maniqueísmo subjacente à tirania da idade, como se a maturidade fosse uma “Graça” concedida ao adolescente na noite do seu aniversário, porque entendemos que a construção de um regime de incapacidade de agir aplicada indiscriminadamente a todos, à revelia da idiossincrasia daquela Pessoa, como regra e não como presunção legal, consubstancia uma limitação genérica à capacidade das pessoas, prevista por lei ordinária, que consubstancia uma limitação dos direitos fundamentais e de personalidade, de validade jurídico-constitucional questionável. Em alternativa, defendemos a construção de um regime de capacidade de agir tendo por substrato as características específicas daquela Pessoa em concreto e o aquilatar da sua maturidade e discernimento, sob pena de perverter os valores axiológicos constitucionais na medida em que o menor não está subjugado à autoridade parental porque é incapaz, é incapaz porque está sujeito à autoridade parental, reduzindo-se, deste modo, o adolescente à categoria jurídica de menor. Acresce que, aqueles que estão convictos de que o regime previsto na norma civil assume o compromisso de proteger os menores devem questionar-se se o quadro legal construído serve convenientemente os interesses que visa tutelar⁴⁴ ou se, pelo contrário, estamos perante uma limitação intolerável à sua capacidade de agir inconciliável com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade⁴⁵. E fazemo-lo porque é nossa firme convicção que a questão da capacidade é, hoje, nuclear:

se nos sistemas escravagistas a luta pela dignidade humana foi diretamente uma luta pela personalidade, nos sistemas modernos [...] a luta pela personalidade é

⁴⁴ Semelhante questão é suscitada por Rosa MARTINS, ao sustentar que “não se demonstra difícil concluir que a negação de capacidade de agir aos sujeitos menores de idade, reconduzindo-se à negação de tal possibilidade, significa uma limitação não justificável ao desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente, nos casos em que neles se verifique capacidade de querer e entender e experiência bastante para prover ao seu autogoverno” (MARTINS, Rosa. **Menoridade, (In)capacidade e Cuidado Parental**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 100/101).

⁴⁵ Uma prisão a que condenamos as crianças, de acordo com o radicalismo de HOLT, John. **Escape for Childhood: the Needs and Rights of Children**. Medford: HoltGWS, 2013, p. 6.

diretamente uma luta pela capacidade. Luta que está longe do seu fim, se nos lembrarmos das várias *capitis deminutiones* que ainda se admitem nos “bons costumes” contemporâneos: incapacidades derivadas da etnia, da idade, da nacionalidade, *etc.*⁴⁶.

Mas resultará aquilo que aqui defendemos do ordenamento jurídico português? Estamos convictos que sim. Deambulando pela hermenêutica legal, para questionar se a Lei oferece a possibilidade de o menor realizar de *per si* os atos pessoais⁴⁷ e pessoalíssimos que caracterizam o seu devir existencial, concluímos que o disposto no n.º 2 do art.º 1878º *in fine*, quando estatui o dever positivo de respeito pela personalidade dos filhos e autonomia dos menores na organização da própria vida⁴⁸, oferece fundamento legal à nossa premissa.

Refira-se, o que sustentamos não exige obliterar os pais, nem os poderes públicos que devem continuar a intervir na defesa dos interesses dos seus filhos e a quem estes devem recorrer e pedir “emprestado as suas capacidades”⁴⁹ para os auxiliarem no processo volitivo, mas, por anátema que seja para uma pauta mais conservadora da educação, hoje impõe-se reconhecer às crianças, quando entram na idade da razão, a liberdade para exercer os seus direitos, mesmo contra quem exerce a autoridade parental. Porque, importa nunca esquecer, os pais têm de educar os filhos que têm e não os que gostavam de ter⁵⁰.

Porque a problemática do consentimento dos menores para a prática de um ato médico é premissa para um problema mais amplo, a saber, a capacidade de agir dos menores e o seu exercício dos direitos fundamentais e dos direitos de personalidade. E, cientes da controvérsia não titubeamos na nossa convicção e defendemos a capacidade jurídica dos menores para exercitar todos os seus direitos fundamentais sempre que tem capacidade e discernimento natural para o fazer.

⁴⁶ ORLANDO, Carvalho. *Teoria Geral do Direito Civil*, *cit.*, p. 193.

⁴⁷ Em sentido análogo, sublinha-se que “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” (AZENHA, Paula Alexandra dos Reis. *Consentimento informado...*, *cit.*, p. 65).

⁴⁸ Posição análoga à nossa é perfilhada por OLIVEIRA, Guilherme de. OLIVEIRA, Guilherme de. *Temas de Direito da Família*, *cit.*, p. 245, ainda que pronunciando-se especificamente sobre o consentimento para atos médicos que se revistam de pequena importância, bem como por MARTINS, Rosa Cândido. *A Criança, o Adolescente e o Acto Médico. O Problema do Consentimento*, *cit.*, pp. 821/822. Ainda neste sentido, TORRES, Felipe Soares. *A autonomia Progressiva das Crianças e dos Adolescentes*, *cit.*, p. 35.

⁴⁹ GODWIN, Samantha. *Children’s Oppression, Rights, and Liberation*. *Northwestern Interdisciplinary Law Review*. Evanston. v. 4 (2011), p. 272.

⁵⁰ Semelhantemente, 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” (SOUSA, Rabindranath Capelo. *Direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 168).

O que deixamos escrito não significa permitir que as crianças brinquem na autoestrada e não ignoramos que é insofismável que existam limitações de exercício aos direitos fundamentais no que concerne ao menor. Nem os liberacionistas ignoram que, pela natureza das coisas, o exercício destes direitos requer uma determinada capacidade natural, pelo que, v.g., não sustentamos que um recém-nascido exerça direitos de voto ou que se lhe reconheça a liberdade de expressão⁵¹ num tempo em que não é apto para falar.

Da nossa perspectiva, reiteramos que o ponto de Arquimedes é o discernimento. Sempre que se afirma que aquela criança tem maturidade bastante para definir o seu devir, competências para com lucidez fazer as suas escolhas, ganha a sua alforria e liberta-se da sujeição à autoridade parental, ficando emancipada para decidir sobre si e os seus interesses, porque “a relação entre pais e filhos deverá ser um caminho com vista à autodeterminação destes, tomando em consideração as competências actuais e concretas da criança e não a sua idade”⁵². Porque é a prática destes atos que permite a uma pessoa ser “Pessoa”, e é através da autodeterminação da vontade que nos tornamos únicos e infungíveis, pelo que trata-se não apenas um requisito indispensável para o desenvolvimento da personalidade⁵³, como uma exigência do princípio da dignidade da pessoa humana⁵⁴, enquanto “referência da representação do valor humano”⁵⁵.

CONCLUSÃO

Num texto que foi construído com analepses e prolepses, dialogámos entre o consentimento do menor para ato médico e o conceito de autodeterminação de género e concluímos pela existência de incongruências entre os regimes legais. Destarte, se hoje é um dado pacífico entre a doutrina que aos dezasseis anos o menor fica emancipado para decidir

⁵¹ Como nós, GODWIN, Samantha. *Children`s Oppression, Rights...*, *cit.*, p. 251.

⁵² RIBEIRO, Geraldo Rocha. *Quem Decide pelos Menores?...*, *cit.*, p. 109.

⁵³ Em sentido semelhante, TORRES sustenta que esta é a solução que melhor se harmoniza “com o direito fundamental à capacidade jurídica e ao desenvolvimento da personalidade (art.º 26.º, n.º 1 e 4 da CRP), com o princípio da igualdade (art.º 13.º, n.º 1 e 2) e com os demais preceitos constitucionais assegurados aos seres humanos que se encontrem na fase inicial da sua vida e em estágio de amadurecimento” (TORRES, Felipe Soares. *A autonomia Progressiva das Crianças...*, *cit.*, p. 48).

⁵⁴ Em sentido semelhante, alega-se que “a nossa ordem jurídica reconhece plena competência à criança consoante a sua *capacidade de discernimento (natural)* para se autodeterminar; aliás, outra conclusão implicaria uma violação *grosseira* do pressuposto basilar da nossa ordem jurídica - princípio da dignidade humana - e respectivos direitos fundamentais materializadores do mesmo” (RIBEIRO, Geraldo Rocha. *Quem Decide pelos Menores?...*, *cit.*, p. 112).

⁵⁵ ALEXANDRINO, José de Melo. Os Direitos das Crianças: Linhas para uma Construção Unitária. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa. a.68, n.1(2008), p. 296.

sobre a sua saúde, consentindo ou dissentindo sobre a prática de atos médicos, se muitas vezes, nas quais humildemente incluímos a nossa, sustentam que esta liberdade retroage a uma idade inferior sempre que o discernimento e a maturidade do menor o permita, não se pode aceitar acriticamente que para a autodeterminação do gênero se tenha construído um regime legal mais exigente, violando o primado *a maiori, ad minus*.

E, tememos que a hermenêutica do sistema jurídico permita ao exegeta concluir que a razão oculta para a discrepância seja o preconceito sobre a determinação do gênero, a tradução da frase apócrifa atribuída a Nietzsche “e aqueles que foram vistos dançando foram julgados insanos por aqueles que não podiam escutar a música”.

Os menores precisam de proteção e não de um paternalismo acrítico porque impor ideologias, maneiras de pensar, estilos de vida [...] não é educar, é uma verdadeira agressão intelectual⁵⁶, sendo intolerável que os adultos, na sua soberba, continuem a querer impor aos mais novos os seus conceitos do “Bom, do Belo e do Justo”. Com efeito, se atentarmos a dicotomia ingenuidade/ignorância, persistimos em catalogar de ingênua a criança que desconhece aquilo que os adultos querem que desconheça e ignorante aquela que ignora o que nós achamos que devia saber.

Que nos perdoem os Iluministas e os iluminados, e a proliferação da opinião publicada nas redes sociais tem demonstrando a assertividade da premissa do *efeito Dunning-Kruger*, mas temos sempre mais dúvidas do que certezas, pelo que neste texto não garantimos que os dezasseis anos devam ser a referência para o menor consentir (ou dissentir) sobre atos médicos, até porque quando a neurociência nos ensina que o córtex pré-frontal só está totalmente desenvolvido por volta dos vinte e cinco anos porventura muitas das conclusões que trilhámos exigem um reexame.

Pelo que, somos humildes nas nossas conclusões e cingimos a nossa crítica a esta maioria *à la carte* tendo por padrão os preconceitos dos adultos, sustentando que o regime excepcional previsto na Lei n.º 38/2018, de 7, de agosto viola os valores constitucionais coevos e limita de forma intolerável a autonomia dos menores e o seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

⁵⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda. Repensar o Direito de Menores em Portugal: Utopia ou Realidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra. a.7, n.3 (1997), p. 356.

REFERÊNCIAS⁵⁷

- ALEXANDRINO, José de Melo. Os Direitos das Crianças: Linhas para uma Construção Unitária. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa. a.68, n.1(2008), pp. 275-309.
- AMORIM, Ana. O consentimento informado de menores: reflexões críticas sobre a lei atual. *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Coimbra. a. 8, n. 15 (2011), pp. 113-128.
- AZENHA, Paula Alexandra dos Reis. **Consentimento informado: a (in)capacidade dos menores na escolha de tratamentos médicos**. Lisboa. Universidade Lusíada. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11067/2246>, p. 69. Acesso em: 2 de fev. 2021.
- BARBOSA, Ana Mafalda Miranda. Direito à Autoderminação da identidade de gênero: reflexões em torno da lei n.º 38/2018, de 07 de Agosto. *FIDES*. Natal. V.10, n.º 2 (2019), pp. 88-107.
- CUNHA, Leandro Reinaldo da. Direitos dos transgêneros sob a perspectiva europeia. **Debater a Europa**. N.19 jul/dez 2018 - Semestral, pp. 47-55.
- CUNHA, Leandro Reinaldo da. **Identidade e redesignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- GODWIN, Samantha. Children`s Oppression, Rights, and Liberation. *Northwestern Interdisciplinary Law Review*. Evanston. v. 4 (2011), pp. 247-302.
- HENRIQUES, Rogério da Silva Paes; LEITE, André Filipe dos Santos. A disforia de gênero como síndrome cultural norte-americana. *Revista Estudos Feminista*. Florianópolis, v. 27, n. 3, 2019.
- HOLT, John. **Escape for Childhood: the Needs and Rights of Children**. Medford: HoltGWS, 2013.
- LANÇA, Hugo Cunha. A capacidade de agir da pessoa com deficiência: proposta hermenêutica da norma posta relativa ao maior acompanhado. *Revista de Direito Brasileira*. Florianópolis V. 23, n.º 9 (2019), pp. 323-341.
- MARTINS, Rosa Cândido. **A Criança, o Adolescente e o Acto Médico. O Problema do Consentimento**. In: Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.v.1. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 791-831.

⁵⁷ Este é um texto escrito em tempos de Pandemia. Se não estamos encerrados no barco em que *Florentino* se encontrou com *Fermina*, depois de uma longa espera de 51 anos, 9 meses e 4 dias, o confinamento, que por certo será menos longo, afastou-me da minha biblioteca pessoal (e das outras) suscitando um interessantíssimo desafio no que concerne a fontes bibliográficas, mas, como na boa gastronomia, um bom cozinheiro (que nunca confundo com *chef*) elabora os seus pratos com os escassos meios disponíveis e uma enorme dose de imaginação. Não obstante, como aprendi com Paulo Ferreira da CUNHA “outro benefício da pós-modernidade é a possibilidade de alargamento das fontes citáveis academicamente, multiplicando os produtores de sentidos e o seu diálogo” (CUNHA, Paulo Ferreira da. *Geografia Constitucional: Sistemas Juspolíticos e Globalização*. Lisboa: Quid Juris, 2009, pp. 606/607).

MARTINS, Rosa. **Menoridade, (In)capacidade e Cuidado Parental**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MOREIRA, Sónia. A Autonomia do Menor no Exercício dos seus Direitos. **Scientia Iuridica**. Braga. t.50, n.291(2001), pp.159-194.

OLIVEIRA, Ana Gabriela, VILAÇA, Ana Filipa e GONÇALVES, Daniel Torres. Da transexualidade à disforia de gênero: protocolo de abordagem e orientação nos cuidados de saúde. **Revista Portuguesa Medicina Geral Familiar** (2019).

OLIVEIRA, Guilherme de. O Fim da Arte Silenciosa: o Dever de Informação dos Médicos. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**. Coimbra. a.128 n.3852 (1995), n.3853 (1995).

OLIVEIRA, Guilherme de. **O Direito ao Diagnóstico Pré-Natal**. In: Temas de direito da medicina. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

OLIVEIRA, Guilherme de. **Temas de direito da medicina**. 2. ed. aumentada. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ORLANDO, Carvalho. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

PEREIRA, André[□] Dias. **O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo de Direito Civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **A Capacidade para Consentir: um Novo Ramo da Capacidade Jurídica**. In: Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977 / Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2.v. Coimbra: Coimbra Editora, 2004-2006, pp. 199-249.

RIBEIRO, Geraldo Rocha. Quem Decide pelos Menores? (Algumas Notas sobre o Regime Jurídico do Consentimento Informado para Actos Médicos). **Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde**. Coimbra. a. 7, n. 14 (2010), pp. pp. 105-138.

RIBEIRO, Jorge Martins. O Direito do Homem a Rejeitar a Paternidade de Filho Nascido Contra a sua Vontade. A Igualdade na Decisão de Procriar. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Repensar o Direito de Menores em Portugal: Utopia ou Realidade. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra. a.7, n.3 (1997), pp. 355-386.

RODRIGUEZ, Fernández, María; MORA, Patricia Guerra; SANCHEZ, Eloya Martín; Grupo GIDSEEN. Características de los menores de edad con disforia de género que acudem a la unidad de tratamento de identidad de género. **Revista Española de Salud Pública**, vol. 91, 2017, pp. 1-9.

SÁ, Juliana Patrícia Marques. **Tratamento da Disforia de gênero**. (Em linha). Instituto de Ciências Biomédicas Abel Salazar (ICBAS), Universidade do Porto; Centro Hospitalar do Porto. Porto: 2017.

SOUSA, Rabindranath Capelo. **Direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995;

TORRES, Felipe Soares. A autonomia Progressiva das Crianças e dos Adolescentes. **Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família.** Coimbra. a.7, n.14(2010), pp. 27-50.

VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de. **A Autorização.** Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

REZENDE, William. **Disforia de gênero: Cartografias da psicopatologia sexual contemporânea.** Rio de Janeiro. Tese de Doutorado. Departamento de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2019.

Artigo convidado

COMO FAZER REFERÊNCIA AO ARTIGO (ABNT):

SILVA, Hugo Daniel da Cunha Lança. Nasci menino, mas sou menina: a querela do consentimento dos menores para a prática ato médico tendo por pretexto a autodeterminação da identidade de gênero. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 15, n.3, e64514, set./dez. 2020. ISSN 1981-3694. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369464514>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/64514>. Acesso em: dia mês. ano.

Direitos autorais 2020 Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM .

Editores responsáveis: Rafael Santos de Oliveira e Angela Araujo da Silveira Espindola



Esta obra está licenciada com uma Licença [Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

SOBRE O AUTOR

HUGO DANIEL DA CUNHA LANÇA SILVA

Possui graduação em Licenciatura em Direito pela Universidade Moderna (1998) e mestrado em Direito pela Universidade Católica de Portugal (2005). Atualmente é Docente do Instituto Politécnico de Beja, Docente da Universidade Moderna de Beja e Associado do Instituto Brasileiro de Direito Eletrônico.