



Hugo CUNHA LANÇA

*Revisitar o regime jurídico da capacidade de agir dos menores, tendo por
substrato a neurociência*

DOI: [https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705\(ne\)2023.ic-05](https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705(ne)2023.ic-05)

Secção I

Investigação Científica*

* Os artigos presentes nesta secção foram sujeitos a processo de revisão segundo o método *blind peer review*.

Revisitar o regime jurídico da capacidade de agir dos menores, tendo por substrato a neurociência¹

Revisit the legal regime of the legal capacity of minors, based on neuroscience

Hugo Cunha LANÇA²

RESUMO: Porque nunca subscrevemos Kelsen e discordamos que o mundo jurídico possa viver numa redoma, absorto aos contributos dos outros saberes e num intolerável autismo jurídico, neste exíguo estudo pretendemos revisitar o Instituto da menoridade, tendo por premissa os ensinamentos da neurociência, mormente dissecar a capacidade jurídica de agir dos menores, tendo por paradigma a sua maturação cerebral.

PALAVRA-CHAVE: adolescentes; capacidade de agir; neurociência.

ABSTRACT: Because we have never subscribed to Kelsen and we disagree that the legal world can live in a dome absorbed by the contributions of other knowledge, in an intolerable legal autism, in this meager study we intend to revisit the Institute of Minority, having as a premise the teachings of neuroscience, mainly, dissecting the legal capacity of minors to act, based on their brain maturation.

KEYWORD: teenagers; ability to act; neuroscience.

1. Introdução

O imperfeito estado da criança, sobre o qual dissertou LOCKE³, a consciência das fragilidades dos infantes, a constatação de que a criança quando nasce é débil, quer numa perspetiva física quer numa dimensão psicológica e emocional, e, conseqüentemente, inapta para tomar decisões independentes, determinou que os diversos ordenamentos jurídicos tenham elaborado construções dogmáticas tendentes a proteger os menores⁴ de si mesmos.

¹ Este texto é o resultado de uma investigação com mais de uma década, sendo que a parte relativa à capacidade de agir dos menores já tinha sido tratada na nossa dissertação de Doutoramento (LANÇA, Hugo Cunha. *A regulação dos conteúdos disponíveis na internet: a imperatividade de proteger as crianças*. Lisboa: Sílabo Editora, 2016); neste momento, procurámos confrontar o que já defendemos com os novos dados oferecidos pela neurociência.

² Doutoramento em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto e Mestre em Direito pela Universidade Católica Portuguesa. Professor-Adjunto, no Instituto Politécnico de Beja, Professor-Auxiliar Convocado no ISMAT, Investigador Doutoramento Integrado no CEAD e Investigador do CEDIS.

³ A criança de LOCKE como *uma folha de papel em branco* inspirou TURKLE: “as pessoas são páginas em branco, maleáveis, infinitamente aperfeiçoáveis, ou existe uma natureza humana que refreia as possibilidades humanas?” (TURKLE, Sherry. *O Segundo Eu: Os computadores e o Espírito Humano*. Lisboa: Editorial Presença, 1989, p. 13).

⁴ Curiosamente, ou não, a palavra latina *puer* designa criança e... escravos; a locução talvez permita explicar a visão das crianças como seres humanos destituídos de direitos, uma mera

Assim, partindo da premissa, tantas vezes ilidida pela crueldade familiar, de que as crianças devem ser educadas no seio da sua família pelos seus progenitores, porque a criança não é uma ilha e nasce num núcleo familiar, determina a norma posta portuguesa que os *filhos estão sujeitos às responsabilidades parentais até à maioridade ou emancipação* (art. 1877.º, do Código Civil), sendo que, *compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens* (art. 1878.º)⁵.

Dessarte, o arqueológico arquétipo do *patria potestas* que permitia ao *pater familias* dispor arbitrariamente dos filhos (bem como dos outros *familiares* que estavam *sub manu*), o *vitae necisque potestas* que os subjugava aos seus caprichos e arbítrios (inclusivamente podiam ser vendidos como escravos) foi reconfigurado no Instituto da responsabilidade parental, no qual, ambos os pais, por acordo, decidem sobre as questões estruturantes da vida dos seus filhos, tendo como paradigma o primado do superior interesse da criança.

Com efeito, o cânone romano do poder despótico do pai, que caracterizou mais de vinte séculos de tradição cultural europeia, transfigurou-se e hoje a criança está no epicentro da vida familiar e tem uma ipseidade específica que exige o respeito dos pais. Nesse sentido, é lapidar o disposto na norma posta lusitana: *os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida* (n.º 2,

expressão dos desejos do seu proprietário, o pai, que poderia exercer sobre elas o seu poder de modo indiscriminado e arbitrário.

Esta curiosidade linguística traz-nos à memória Maimônides, um talmudista medieval, que enumerava nove categorias de pessoas cujos depoimentos não se podia confiar: “os cegos, as mulheres, os escravos, os alienados, os surdos, os maldosos, os seres desprezíveis, os parentes e os menores” (BOLIEIRO, Helena e GUERRA, Paulo. *A Criança e a Família - uma Questão de Direitos(s), Visão Prática dos Principais Institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 522).

A esta visão não será estranho o facto de a minoridade ter viajado pela legislação acompanhada por um indesejável companheiro de viagem: o incapaz! A equiparação entre duas realidades distintas ajuda a explicar o regime confuso e inadequado que se insiste em aplicar ao menor (assim, CASTILLO, Agustín Macías. *La Prestación del Consentimiento de los Menores en la LO 1/1982 de 5 de Mayo, Después de la Instrucción 2/2006 del Fiscal General del Estado*. In: AA.VV. *La Ética y el Derecho de la Información en los Tiempos del Postperiodismo*. Valencia: Fundación Coso, 2007, p. 348).

⁵ Sempre que omitirmos a fonte legislativa, referimo-nos ao código civil português.

do art. 1878.º), que “impõe aos pais um dever positivo de respeito pela personalidade dos filhos”⁶.

Assim, assistimos ao nascimento de uma tríade. Se os filhos (i) devem obediência aos pais e são estes que devem (têm) decidir sobre as questões essenciais do seu devir, (ii) os filhos têm o direito de ser escutados (que nunca confundimos com ouvir) sobre os assuntos familiares revelantes, como (iii) alcançada a maturidade têm autonomia na organização da próxima vida. Porque, importa sempre enfatizar, os pais têm de educar os filhos que têm, não os que gostavam de ter tido.

Pelo que deixámos escrito neste já longo introito, a pedra sobre a qual se erigiu o instituto da menoridade é a maturidade do menor, na medida em que o discernimento funciona como um *status* liberatório que desonera as crianças do jugo da responsabilidade parental.

2. O regime jurídico da menoridade

É um alegado truísmo reconhecer que no ordenamento jurídico português a menoridade prolonga-se até aos dezoito anos e, para o justificar, trazemos à colação o disposto no artigo 122.º do código civil.

Mas, como nos ensinou Descartes, o senso comum raramente é sinónimo de bom senso e, desde há muito, duvidamos do axioma. Com efeito, o binómio menoridade/maioridade perdeu-se no caleidoscópio da evolução jurídica e se perscrutarmos as normas postas constatamos que “a realidade é que, hoje, em Portugal, nada acontece de importante na vida de quem chega aos dezoito anos”⁷.

Com efeito, não existe uma maioridade; antes, uma panóplia de heterogéneas maioridades, amiúde incongruentes numa esquizofrenia legal relacionada com as idades que suscitam ambiguidades, dúvidas e inquietações. Para que as nossas palavras não fiquem isoladas oferecemos um cotejo pelo ordenamento jurídico lusitano, procurando sair da *caverna* onde o legislador mergulhou os menores.

⁶ SOTTOMAYOR, Maria Clara. Anotação ao artigo 1878.º do Código Civil. SOTTOMAYOR, Maria Clara [Coord.] *Código Civil Anotado*. 2.ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2022, p. 861.

⁷ XAVIER, Rita Lobo. Falta de Autonomia de Vida e Dependência Económica dos Jovens: uma Carga para as Mães Separadas ou Divorciadas. *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*. Coimbra. a.6, n.12 (2009), p. 16.

Para obstar às dificuldades de uma determinação casuística, o legislador optou por adotar uma idade fixa para a maioridade civil, transformando-se, deste modo, uma presunção de incapacidade em virtude da idade num critério objetivo, o que afasta da juridicidade os mais novos. Contudo, concomitantemente com o primado da incapacidade encontramos a consagração de um espaço de liberdade (licença) ao menor, um “processo de evolução gradual”⁸ constituído por maioridades especiais, na medida em que se lhes permite a prática de uma multiplicidade de atos jurídicos que, direta ou indiretamente, restringem a autoridade de quem exerce a autoridade parental, pelo que, em rigor, podemos definir o sistema jurídico português como um “regime rígido mitigado”⁹.

Incautamente, o legislador civil não está em sintonia com o devir da sociedade e continua preso ao binómio maior/menor ignorando o surgimento, nas últimas décadas¹⁰, de um *tertium genus* entre a infância e a idade adulta: a adolescência. Nesse sentido, sublinhamos o anacronismo do recurso à locução “menor” (utilizada cerca de 150 vezes no Código Civil Português), indiciador de que as crianças e os adolescentes devem ter o mesmo estatuto jurídico, o que é coevamente incompreensível.

Para uma melhor compreensão do que fica escrito, propomos uma análise perfunctória das exceções à incapacidade de agir, tantas vezes, construídas de forma arbitrária e casuística. Assim, são exceções à incapacidade de agir dos menores:

a) **no que concerne a atos pessoais:** (i) - o menor pode contrair casamento quando completa os dezasseis anos (art. 1601.º), ainda que seja necessária autorização dos pais ou do tutor, sendo emancipado pelo casamento¹¹; (ii) é necessário o consentimento do menor, maior de doze anos, para ser adotado (art. 1981.º); (iii) o menor, com mais de doze anos, pode solicitar judicialmente a constituição de uma relação jurídica de apadrinhamento (art. 10.º, da Lei n.º

⁸ HORSTER, Heinrich Ewald. *A Parte Geral do Código Civil Português - Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 2012, p. 322.

⁹ FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria Geral do Direito Civil. v. 1. (Introdução e Pressupostos da Relação Jurídica)*. 6.ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012, p. 257.

¹⁰ Sublinhe-se que data de 1907 a publicação da primeira obra sobre a psicologia dos adolescentes; referimo-nos ao *Adolescente*, de Stanley Hall.

¹¹ O que não se aplaude, sendo uma norma profusamente criticada pela UNICEF, num sentido que subscrevemos integralmente e sem reservas. Sobre o tema, vide <https://www.unicef.pt/actualidade/noticias/factos-casamento-infantil/> [consult. 23 de janeiro de 2023].

103/2009, de 11 de setembro); (iv) os menores, maiores de dezasseis anos, podem perfilhar (art. 1850.º); (v) para a aquisição da nacionalidade portuguesa, exige-se uma declaração do menor que tem a validade legal do consentimento (art. 2.º, da Lei 37/91 de 3 de outubro); (vi) a presunção de inimputabilidade civil cessa aos sete anos (art. 488.º)¹²; (vii) os doze anos são a idade referência para a aplicação da lei tutelar educativa (art. 1.º, da Lei Tutelar Educativa); (viii) os menores podem recorrer a consultas de planeamento familiar desde a idade fértil¹³ (art. 5.º, da Portaria n.º 52/85 de 22 de janeiro); (ix) aos catorze anos podem livremente aderir a associações (art. 2.º, da Lei n.º 124/99 de 20 de agosto); (x) aos dezasseis anos podem decidir acerca da sua orientação religiosa (art. 1886.º); (xi) a maioridade sexual é adquirida aos catorze anos¹⁴; (xii) aos dezasseis anos tornam-se penalmente imputáveis (art. 19.º, do Código Penal) embora até aos vinte e um anos se subsumam a um regime penal especial para jovens (art. 1.º, do DL n.º 401/82, de 23 de setembro); (xiii) aos dezasseis anos atingem uma maioridade especial que lhes permite decidir sobre cuidados de saúde (que se infere do disposto no art. 38.º, do Código Penal); e, (xiv) no que concerne à doação de órgãos, exige-se o consentimento do menor, independentemente da idade, desde que tenha capacidade de entendimento e de manifestação da vontade.

b) **no que tange aos atos patrimoniais**; (i) o menor pode celebrar os negócios jurídicos correntes da sua vida que apenas consubstanciem despesas de pequena importância (art. 127.º); (ii) celebrar, nas circunstâncias previstas na lei,

¹² A razão para a idade escolhida não é estranha às posições da Igreja Católica, a qual entendia ser esta “a idade da razão”, o que, ainda hoje se constata por ser a idade indicativa para a primeira comunhão.

¹³ Importa questionar se não existirá “uma contradição com a lei penal que não reconhece às crianças, até aos catorze anos de idade, capacidade para consentir de forma livre e esclarecida em atos sexuais e que considera o crime de abuso sexual de crianças como crime público? Não terá havido convivência da classe médica com abusos sexuais de crianças que recorrem ao sistema de saúde, solicitando contraceção ou cuidados ginecológicos”? (SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Temas de Direito das Crianças*. Coimbra: Livraria Almedina, 2014, p. 39).

¹⁴ Escrevemo-lo cientes de que a afirmação é profundamente controvertida (e com dignidade para um estudo específico): com efeito, sendo inofismável que o disposto no artigo 172.º do Código Penal protege os menores dependentes ou em situação vulnerável de abusos sexuais a menores até aos 18 anos de idade, que o recurso à prostituição de menores é proscrito pelo disposto no artigo 174.º do Código Civil e que a compatibilização entre o disposto no artigo 171.º (que tem como idade de referência os catorze anos) e o disposto no artigo 38.º suscita ambiguidades, salvo melhor opinião, a exegese do artigo 173.º, em que apenas é criminalizado o ato sexual de relevo com adolescente quando se abusa da sua imaturidade (e expressão inexperiência é profundamente infeliz), legítima a afirmação assumida no texto. Mas, como defendemos no passado, de *jure constituendo* seria saudável otimizar as ferramentas legais que garantem o direito à liberdade sexual negativa dos adolescentes.

contrato de trabalho (art. 68.º do Código do Trabalho); (iii) praticar os atos relativos à profissão que tenha sido autorizado a desempenhar¹⁵ (art. 127.º); (iv) utilizar como lhe aprouver os rendimentos do seu trabalho, sendo-lhe lícitos os atos de administração e disposição de bens que haja adquirido pelo seu trabalho (art. 127.º); (v) adquirir por posse (art. 1266.º); (vi) adquirir por usucapião (art. 1289.º); (vii) ser representante, desde que tenha capacidade para entender e querer o negócio jurídico em causa (art. 263.º);

c) **em relação a atos para a sua própria proteção:** (i) a necessidade de não oposição da criança maior de doze anos para a intervenção das Comissões de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (art. 10.º, da Lei n.º 147/99, de 01 de setembro); (ii) o consentimento torna-se relevante para efeitos penais (art. 38.º, do Código Penal); (iii) o menor aos dezasseis anos pode exercer os seus direitos de queixa em procedimento criminal (art. 113.º, do Código Penal).

Com esta breve súmula, somos coagidos a reconhecer que, no atual estágio do direito português, os dezasseis anos têm uma importância jurídica superior aos dezoito anos, porquanto decisões cruciais da vida (casar, perfilhar, opção religiosa, decisões sobre a própria saúde) e a assunção de responsabilidades (maioridade penal) consubstanciam-se naquela idade. O que nos suscita uma questão: se, por um lado, somos acérrimos defensores de uma maturidade que se constrói ao longo da vida, que é preciso a criação de espaços controlados para errar, porque o erro é (pode ser) educativo, a *magna quaestio* é aquilatar se os menores têm maturidade, para agir com maturidade.

3. O cérebro dos adolescentes: uma biópsia jurídica

Porque entendemos que o jurista não pode ser autista e renunciar aos saberes das diferentes ciências¹⁶, porque a multidisciplinariedade não pode ser apenas um jargão da pós-modernidade, convocamos a neurociência para questionar se

¹⁵ No caso da profissão, excluimos a possibilidade de o menor praticar pessoalmente o comércio; o menor apenas poderá ser qualificado como comerciante quando o comércio seja exercido pelo seu representante legal e devidamente autorizado pelo Tribunal, nos termos do disposto na al. c) do n.º 1 do art. 1889.º do Código Civil.

¹⁶ Semelhantemente, ALFAIATE, Ana Rita. O problema da responsabilidade penal dos inimputáveis por menoridade. Dissertação de Doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Consult. 25 de março 2023] Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/27038>, p. 88.

o regime jurídico da menoridade respeita as mais recentes conclusões sobre o desenvolvimento cerebral e sobre o processo de tomada de decisão.

Brevitatis causa, concentramos a nossa atenção nos adolescentes, porquanto, é nesta fase que surgem as mais ubíquas questões jurídicas. Se, no caso das crianças, a sua autonomia é limitada porque o seu discernimento é ténue, quando a pessoa humana atinge a adolescência, um tempo em que a maturidade é ainda imatura, colocam-se intrincadas questões relacionadas com a capacidade de agir, mormente a procura *do ponto de Arquimedes* entre o exercício *motu proprio* pelos adolescentes dos seus direitos e o exercício pelos pais da autoridade parental.

A primeira aporia é a própria definição de adolescente. Com efeito, é profusamente difícil discernir a adolescência da adultez (não fosse o significado etimológico de *adolescere* atingir a idade adulta). Efetivamente, quando pensamos nas crianças na pré-modernidade, os rapazes transformavam-se em homens através de rituais específicos - os ritos de iniciação¹⁷ -, onde, não raras vezes, os jovens eram isolados da sociedade e colocados na solidão da natureza onde testavam as suas capacidades, sendo que, apenas após a passagem destas provações integravam a comunidade dos homens; como, num período mais recente, este estatuto era simbolicamente assinalado com novas roupas, novos penteados, tatuagens, circuncisão, o serviço militar obrigatório¹⁸ ou outro similar formalismo (refira-se que encontramos reminiscência desta visão na cultura popular quando os pais cuidavam da iniciação sexual dos filhos¹⁹ levando-os a prostitutas ou permitindo-lhes o consumo de cigarros e bebidas alcoólicas). Mas o tempo mudou e os anos cinquenta mataram os ritos de transição, o desaparecimento das fronteiras simbólicas de passagem da infância para a maturidade, tornando mais complexa e impercetível a definição de adulto, pela irrelevância social de cerimoniais como o baile de debutantes, o fim do

¹⁷ Sobre a tipologia destes ritos de iniciação, *vide* QUINTERO, Javier. *O cérebro adolescente: uma mente em construção*. Lisboa: Atlântico Press, 2018, pp. 26 e ss.

¹⁸ Assim, o caso português e espanhol.

¹⁹ Magistralmente tratada no filme *Mãlena* (de Giuseppe TORNATORE) no qual Renato Amoroso quando entra na puberdade e está apaixonado/obcecado pela deslumbrante Mãlena, os amigos oferecem-lhe uma pequena brochura com mulheres desnudas em poses eróticas; Renato entrega-se compulsivamente ao onanismo, numa incómoda tragédia familiar. Confrontado com a inevitabilidade, o seu pai oferece-lhe uma aula de educação sexual, mais que provavelmente idêntica à que recebeu do seu próprio pai: leva-o a um bordel onde uma prostituta o inicia na vida sexual.

ensino obrigatório, o serviço militar, um emprego estável, viver sozinho ou o casamento, que hoje são inaptos para estabelecer fronteiras de destrição entre o *ser* criança e o *ser* adulto²⁰.

Até porque a própria adolescência não é una e pode ser subdividida em primeira adolescência, entre os 12 e os 14 anos, momento no qual ocorrem a maior parte das alterações físicas e biológicas; a adolescência intermédia, entre os 15 e os 17 anos, onde as alterações emocionais e no estado de espírito assumem primordial importância; e, por fim, a adolescência tardia, na idade subsequente, na qual aumentam os comportamentos perigosos, tais como o consumo de drogas, a condução temerária ou os comportamentos sexuais de risco²¹.

Por outro lado, é profusamente controvertida a querela sobre o *terminus* da adolescência, somando-se contraditórias vozes que propõe os 19 anos²², os 20²³, os 23, os 25²⁴ ou mesmo os 30²⁵.

Enfatizamos a questão porque uma delimitação da adolescência com o substrato meramente cronológico (a tirania das idades) está condenada ao fracasso²⁶: há jovens que o são numa idade em que outros já não o são²⁷, pelo que é errático ignorar a ipseidade de cada adolescente, porque, parafraseado o

²⁰ No mesmo sentido que nós, ALLEN, David. *Is Childhood Disappearing?* [Em linha]. Brighton: University of Sussex. [Consult. 3 jan. 2023]. Disponível em: <http://www.sussex.ac.uk/cspt/1-6-1-2-6.html>. O A. sustenta, numa posição que também subscrevemos, que o esfumar dos ritos não exige a supressão da distinção entre infância e idade adulta, antes, torna menos fluída e mais complexa a linha que separa os diferentes estados.

²¹ Conforme QUINTERO, Javier. *O cérebro adolescente: uma mente em construção*. Lisboa: Atlântico Press, 2018, p. 25.

²² Por exemplo a Organização Mundial de Saúde.

²³ Assim, QUINTERO, Javier. *O cérebro adolescente: uma mente em construção*. Lisboa: Atlântico Press, 2018, p. 25, ainda que o A. seja crítico de uma abordagem cronológica.

²⁴ Neste sentido, PÉREZ, Inmaculada. *Mapa do Cérebro: um passeio anatómico pela máquina de pensar*. Lisboa: Atlântico Press, 2019, pp. 29 e ss. Também a Organização das Nações Unidas, ainda que sobretudo para fins políticos e estatísticos, enfatiza esta idade, conforme EISENSTEIN, Evelyn, Adolescência: definições, conceitos e critérios. *Adolescência & Saúde*. V. 2, n.º 2 (2005).

²⁵ Conforme estudos referenciados pela BBC. [Consult. 23 de março de 2023]. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/newsbeat-47622059>

²⁶ Em sentido semelhante, ALFAIATE, Ana Rita. O problema da responsabilidade penal dos inimputáveis por menoridade. Dissertação de Doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Consult. 25 de março 2023] Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/27038>), p. 92.

²⁷ Como, é recorrente, encontrar crianças com comportamentos de adolescentes numa precocidade que lhes está a roubar a infância.

escritor, “eu tive catorze anos, mas não tive os teus catorze anos. Tive os meus. As dúvidas eram diferentes e, quando é assim, as certezas também variam”²⁸. Sem procurar calçar sapatos alheios, importa usurpar para este texto uma noção básica da anatomia do cérebro, mormente os mecanismos cerebrais relacionados com a tomada de decisão. Donde, o nosso cérebro, a parte do sistema nervoso central contida no crânio, a estrutura mais volumosa do encéfalo (que, tem como outras estruturas fundamentais o cerebelo, o tronco encefálico, o tálamo e o hipotálamo) é composto por cerca de 100 mil milhões de neurónios, que através das sinapses estabelecem conexões entre si.

A parte mais desenvolvida do cérebro humano é o córtex²⁹, responsável pelo pensamento, planeamento das nossas ações, raciocínio, funções cognitivas, processos de perceção sensorial (visão, audição, tato e olfato) e a capacidade de produzir e entender a linguagem. Em síntese, é a parte do cérebro “que nos torna humanos, que nos dota de personalidade”³⁰.

Sendo axiomático que o crescimento “físico” do cérebro abranda quando se atinge a adolescência, que nesta fase o cérebro se encontra praticamente formado, é igualmente insofismável na literatura científica que ainda está por concretizar uma fase importantíssima do desenvolvimento: a maturação cerebral. Com efeito, neste complexo e gradual processo, a última área do cérebro a atingir a sua completa maturação é o córtex pré-frontal³¹.

Se ousarmos a blasfémia académica de citar a Wikipédia³², constatamos que “esta região cerebral está relacionada ao planeamento de comportamentos

²⁸ PEIXOTO, José Luis. *Abrço*. 8.ª Ed. Lisboa: Quenzal Editores, 2012, p. 155. Uma reflexão semelhante, tendo por paradigma a cultura dos jogos virtuais, é oferecida por CARDOSO, Gustavo - *E-Generation: Os Usos de Media pelas Crianças e Jovens em Portugal*. Lisboa: CIES/ISCTE, 2007, p. 223.

²⁹ Que, por sua vez, está dividido por uma fissura longitudinal em dois hemisférios (esquerdo e direito) que comunicam entre si, e subdividido em lobos (frontal, parietal, temporal e occipital).

³⁰ QUINTERO, Javier. *O cérebro adolescente: uma mente em construção*. Lisboa: Atlântico Press, 2018, p. 51.

³¹ Se “o córtex frontal concebe planos, coordena e seleciona as melhores estratégias de ação e é inclusivamente capaz de improvisar no momento para garantir o êxito. Estas funções, denominadas “funções executivas” são as que fazem de nós seres inteligentes, independentes e senhores das nossas ações. São estas também as que nos evitam desgostos maiores perante uma situação incómoda e as que nos permitem planear o que queremos ser no dia de amanhã, o que pretendemos fazer com as nossas vidas”, o córtex pré-frontal é a “região do córtex que regula o autocontrolo ou o controlo do comportamento social” (PÉREZ, Inmaculada. *Mapa do Cérebro: um passeio anatómico pela máquina de pensar*. Lisboa: Atlântico Press, 2019, pp. 67 e ss.).

³² Para exculpação, refira-se que vários estudos referem que a fiabilidade da *Wikipedia* é quase equivalente à Enciclopédia Britânica, com a diferença que naquela os erros podem ser rapidamente solucionados (conforme TAPSCOTT, Don e WILLIAMS, Anthony D. *Wikinomics: A*

e pensamentos complexos, expressão da personalidade, tomadas de decisões e modulação de comportamento social [pelo que] muito autores indicam uma ligação entre a personalidade de uma pessoa³³ e funcionamento do córtex pré-frontal³⁴.

Dessarte, como revelam os mais recentes estudos, esta é a zona do cérebro responsável pela avaliação dos riscos, por controlar os nossos impulsos, por formar juízos equilibrados e por tomar decisões. Para benefício da exposição, oferecemos um paralelismo: o consumo de álcool. Ora, “o que acontece é que, felizmente, o álcool inibe as regiões superiores do cérebro, incluindo o córtex pré-frontal, pelo que a sua ingestão, leve ou moderada inibirá as funções que nos fazem agir com precaução, moderação e flexibilidade. Portanto, far-nos-á agir com piores travões e com menos capacidade de análise e reflexão, movidos por paixões e impulsos mais primários, e mostrar-nos-emos eufóricos, desinibidos e com mais probabilidade de dar rédea solta à agressividade, ao impulso sexual ou a diferentes tipos de comportamentos perigosos”³⁵.

Trazemos a neurociência para o debate, porque esta nos auxilia a compreender porque amiúde se decreta que “a nossa juventude adora o luxo, é mal-educada, despreza a autoridade e não tem o menor respeito pelos mais

Nova Economia das Multidões Inteligentes. Matosinhos: Quidnovi, 2008, p. iii). Sobre o tema, trazendo à colação estudos que contrastam com lugares-comuns, vide PALFREY, John e GASSER, Urs. *Born Digital: Understanding the First Generation of Digital Natives*. New York: Basic Books, 2008, pp. 118 e ss.

³³ Dessarte, “as lesões no córtex pré-frontal estão associadas a alterações de personalidade, com uma maior irascibilidade e uma falta de inibição de comportamentos” (COTRUFO, Tiziaba. *Na mente da criança. O cérebro nos seus primeiros anos*. Lisboa: Atlântico Press, 2019, p. 60). Nesse sentido, é imperativo recordar o caso de Phineas Gage (9 de julho de 1823 - 21 de maio de 1860), um trabalhador americano que, decorrente de um acidente com explosivos, viu o seu cérebro ser perfurado por uma barra de metal, do qual resultou um ferimento grave no lobo frontal do cérebro. Apesar da gravidade do acidente, Gage sobreviveu aparentemente sem sequelas. Mas, apresentou uma mudança acentuada de comportamento, sendo um caso de estudos muito relevante entre neurocientistas.

Com efeito, até ao acidente era um cidadão e trabalhador exemplar, como todos alegavam “Gage deixou de ser ele mesmo”, e tornou-se numa pessoa desrespeitosa, grosseira, incapaz de aceitar conselhos e de permanecer muito tempo no mesmo emprego. Por todos, DAMÁSIO, António. *O erro de Descartes. Emoção, razão e cérebro humano*. 8.ª Ed. Lisboa: Edições Europa-América, 1995, pp. 23 e ss.

³⁴ Para um maior desenvolvimento sobre o córtex cerebral, vide, *inter alia*, PÉREZ, Inmaculada. *Mapa do Cérebro: um passeio anatómico pela máquina de pensar*. Lisboa: Atlântico Press, 2019, pp. 51 e ss.

³⁵ LAUFFER, Javier. *Prazer e Recompensa. Os mecanismos da motivação*. Lisboa, Atlântico Press, 2019, p. 41.

velhos [que] os nossos filhos hoje são verdadeiros tirano [que] não se levantam quando uma pessoa idosa entra, respondem aos pais e são simplesmente maus”³⁶, pelo que “não tenho mais nenhuma esperança no futuro do nosso país se a juventude de hoje tomar o poder amanhã, porque esta juventude é insuportável, desenfreada, simplesmente horrível”³⁷. Donde, seria lícito afirmar-se que “esta juventude está estragada até o fundo do coração. Os jovens são maus e preguiçosos. Eles nunca serão como a juventude de antigamente”³⁸.

Mas, ainda que metafóricamente e enquanto hipérbole, se as afirmações supra têm resquícios de verdade, importa compreender que a impulsividade, a propensão para correr riscos³⁹, a dificuldade de avaliar as consequências futuras dos seus atos, são caracteres que identificam a adolescência e resultam do facto, cientificamente comprovado, de que o cérebro ainda não está equipado com as ferramentas necessárias que permitem aos adultos tomar decisões ponderadas.

Desconstruindo: se incomoda e indigna os pais e os educadores que os jovens se entreguem a atividades perigosas, que sejam inaptos para pensar a médio e a longo prazo e que ajam por impulso sem ponderar as consequências dos seus atos, importa perceber que o seu cérebro ainda não está preparado para que se comportem de forma diferente, sendo este um verdadeiro determinismo biológico⁴⁰.

Permita-se-nos desconstruir a narrativa, recorrendo ao alpinista de que fala Carnelutti⁴¹, convidando o leitor a deliciar-se com o poema⁴²:

要偉大，要完整：什麼都沒有

³⁶ Frase, provavelmente apócrifa, amiúde atribuída a Sócrates, bem como a Platão, mas que datará, sensivelmente, de 2500 anos a.C.

³⁷ Possivelmente, Hesíodo, 720 a.C.

³⁸ A frase está escrita num vaso, descoberto nas ruínas da Babilónia, pelo que terá mais de 4000 anos.

³⁹ Sobre o tema, *vide* BLAKEMORE, Sarah-Jayne e ROBBINS, Trevor. Decision-making in the adolescent brain. *Nature Neuroscience*, v, 15 (2012), pp. 1184–1191.

⁴⁰ “Por outras palavras, nos adolescentes, a região pré-frontal, responsável por planear as ações e antecipar as consequências, não está disponível. Assim, o controlo dos comportamentos fica nas mãos da parte mais emocional, instintiva e impulsiva do cérebro” (QUINTERO, Javier. *O cérebro adolescente: uma mente em construção*. Lisboa: Atlântico Press, 2018, p. 69).

⁴¹ CARNELUTTI, Francesco. *Metodologia do Direito*. Lisboa: Esc. Topográfica das Oficinas de S. José, 1940, p. 79.

⁴² Tradução, com recurso ao *google translate*, do poema de Ricardo Reis, “Para ser grande, sê inteiro”.

你誇大或排除。
全力以赴。把你多少錢
至少你知道。
所以在每個湖中，整個月亮
閃耀，因為高尚的生活。

Muito provavelmente, o leitor foi inapto para ler o excelso poema pessoiano, porquanto lhe faltam as ferramentas mentais para compreender mandarim; com os adolescentes sucede o mesmo, eles são e comportam-se assim, porque não conseguem ser e comportar-se de modo diferente, uma vez que a *akrasia* faz parte da sua ipseidade. Porque Shakespeare tem razão: “a juventude, embora ninguém a combata, acha em si própria o inimigo para combater”.

No que concerne ao processo de tomada de decisões⁴³ relevantes⁴⁴, este, “além de se basear em informação sensorial (o episódio que vivemos no presente), também utiliza informação mnemónica (episódios vividos no passado) e prospetiva (episódios que poderíamos viver no futuro)”⁴⁵.

Sucede que, no caso dos adolescentes, a informação sensorial é muito influenciada pelo complexo hormonal e pela pressão dos pares, desmesuradamente elevada na adolescência, a informação mnemónica é limitada, porque lhes falta idade para ter história, e a informação prospetiva é influenciada pela sua dificuldade de planear o futuro, pelo que, do ponto de vista neurológico, os adolescentes têm dificuldades em tomar boas decisões.

⁴³ Não faltam vozes autorizadas a considerar que as recentes descobertas da neurociência “demonstram que nem a consciência, nem a vontade, nem a liberdade têm qualquer relação com a tomada de decisão, que é na verdade anterior à configuração da ação e a qualquer juízo pessoal que o sujeito consciente pudesse operar sobre ela” (FERREIRA, Ana Elisabete. *Neuroética e Neurodireito. Pensar a responsabilidade a partir das neurociências*. Coimbra: Petrony Editora, 2020, p. 24).

⁴⁴ Enfatizamos decisões relevantes, porquanto “noventa e nove por cento das nossas decisões diárias correspondem a hábitos ou ações por defeito. Apenas o 1% restante diz respeito a decisões propriamente ditas. Mas se estas decisões são uma fração da insignificante, porque devemos preocupar-nos com elas? A razão é que esse escasso 1% das ações diárias são as mais importantes, em primeiro lugar, porque são tomadas em situações novas e geralmente importantes; e, em segundo, porque quando se repetem, convertem-se em hábitos” (BOTE, Rúben Moreno. *Como tomamos decisões? Os mecanismos neuronais da escolha*. Lisboa: Atlântico Press, 2019, p. 35).

⁴⁵ BOTE, Rúben Moreno. *Como tomamos decisões? Os mecanismos neuronais da escolha*. Lisboa: Atlântico Press, 2019, p. 44.

Acresce que, quando através da neuroimagem⁴⁶ examinamos o processo de decisão de adultos e crianças, constatamos que, conquanto no caso dos adultos o córtex pré-frontal reina, nos adolescentes a protagonista é a amígdala⁴⁷, ou seja, “o emocional tem primazia sobre o racional”⁴⁸⁴⁹, pela ânsia incontrolável da rápida obtenção da recompensa exigida pela dopamina⁵⁰, o que explica o triunfo do hedonismo⁵¹⁵².

⁴⁶ Através da neuroimagem é possível “obter imagens do cérebro com as quais podemos observar zonas de ativação num determinado sujeito acordado enquanto realiza uma determinada tarefa, sem ser preciso esperar que ocorra uma lesão invasiva” (PÉREZ, Inmaculada. *Mapa do Cérebro: um passeio anatómico pela máquina de pensar*. Lisboa: Atlântico Press, 2019, p. 14).

⁴⁷ Longe vai o tempo em que se subscrevia Aristóteles e se considera ser o coração o protagonista pelo controlo das emoções; com efeito, o estagirita considerava que o cérebro “é um órgão mole, quente, de textura parecida com excrementos. É impossível que seja o substrato de uma função tão nobre como o pensamento humano; portanto, o coração deve ser responsável por essa função” (ARISTÓTELES, *apud*: PÉREZ, Inmaculada. *Mapa do Cérebro: um passeio anatómico pela máquina de pensar*. Lisboa: Atlântico Press, 2019, p. 135); mas, se a teoria cardiocêntrica é hoje consensualmente refutada, a metáfora permanece válida na cultura popular (e erudita) urbana. Para um maior desenvolvimento sobre a amígdala, *vide, inter alia*, PÉREZ, Inmaculada. *Mapa do Cérebro: um passeio anatómico pela máquina de pensar*. Lisboa: Atlântico Press, 2019, pp.

⁴⁸ QUINTERO, Javier. *O cérebro adolescente: uma mente em construção*. Lisboa: Atlântico Press, 2018, p. 55. A afirmação supra não significa que sejamos um homem do iluminismo deslumbrados com uma pretensa racionalidade triunfante ensinada por DESCARTES. Como nos ensinou António DAMÁSIO, mesmo nos adultos, as emoções são cruciais para que as nossas decisões sejam racionais, porquanto “há qualquer coisa de muito característico no modo com as emoções estão ligadas às ideias, aos valores, aos princípios e aos juízos complexos que só os seres humanos são capazes de ter, sendo nessa ligação que reside a nossa ideia bem legítima de que a emoção humana é especial. A emoção humana não se resume ao prazer sexual ou ao medo dos répteis. Tem a ver, igualmente, com o horror de testemunhar o sofrimento e com a satisfação de ver cumprida a justiça; com o nosso deleite face ao sorriso sensual de Jeanne Moreau ou à densa beleza das palavras e ideias da poesia de Shakespeare” (DAMÁSIO, António. *O sentimento de si. O Corpo, a Emoção, e a Neurobiologia da consciência*. Lisboa: Publicações Europa-América, 2008, pp. 55/56).

A dúvida permanece: “seremos criaturas pensantes que também sentem ou criaturas dotadas de sentimento que também conseguem pensar” (DAMÁSIO, António. *Sentir & Saber. A caminho da consciência*. Lisboa: Círculo de Leitores, 2020, p. 20).

Para mais desenvolvimentos sobre o tema, *vide* DAMÁSIO, António. *O erro de Descartes. Emoção, razão e cérebro humano*. 8.ª Ed. Lisboa: Edições Europa-América, 1995, *passim*.

⁴⁹ Sobre a complexa dialética entre o córtex pré-frontal e as estruturas límbicas, *vide* CANESSA, Nicola. *O sonho da razão. Como funciona o cérebro*. Lisboa: Atlântico Press, 2019, pp. 124 e ss.

⁵⁰ E “quando algo nos aumenta os níveis de dopamina no núcleo *accumbens*, produz-se a sensação de bem-estar a que chamamos de “prazer” e que nos vai levar a repetir esse comportamento. A este último chamamos recompensa” (LAUFFER, Javier. *Prazer e Recompensa. Os mecanismos da motivação*. Lisboa, Atlântico Press, 2019, p. 25).

⁵¹ Embora, neste contexto, os adultos tendem a aproximar-se cada vez mais dos adolescentes, como menciona LAUFFER, Javier. *Prazer e Recompensa. Os mecanismos da motivação*. Lisboa, Atlântico Press, 2019, p. 142.

⁵² Pelo que, numa lógica freudiana, se nos adultos reina o *Princípio da realidade*, que permite que o indivíduo aceite adiamentos na obtenção de prazer e reorganize a sua energia para os seus deveres, os adolescentes são escravos do *Princípio do prazer*, que os condena à procura da satisfação imediata e impulsiva dos seus desejos.

A tudo o que deixámos escrito acresce esse complexo tempo da puberdade, fase em que são libertadas uma heterogenia de hormonas, mormente o estrogénio, a progesterona e a testosterona, que alteram o físico e confundem a mente⁵³. Com efeito, “o facto de a puberdade e a adolescência não avançarem à mesma velocidade significa que, por exemplo, embora tenham começado a crescer os pelos faciais ao seu filho, uma barba incipiente, ou que tenha surgido a menstruação à sua filha, o seu cérebro adolescente não está necessariamente perto de atingir o estado adulto”⁵⁴.

Por tudo, se sufragarmos os ensinamentos da neurociência, concluiremos que estamos a exigir aos adolescentes mais responsabilidade do que aquela que lhes é possível ter dado o seu estado de maturação cerebral, porque Fernando Pessoa tem razão: “na mocidade somos dois: há em nós a coexistência da nossa inteligência própria, que pode ser grande, e a da estupidez da nossa inexperiência, que forma uma segunda inteligência inferior. Só quando chegamos a outra idade se dá em nós a unificação”⁵⁵.

4. Um novo Instituto para a incapacidade de agir dos menores

Como nos ensinou Papiniano, o jurista não pode limitar-se a saber o que se fez em Roma mas, cumulativamente, cabe-lhe indagar o que deve ser feito em Roma, arriscamos uma proposta *de jure condendo*.

Porque não somos obcecados em ser originais, construímos uma tese que recupera dois institutos jurídicos abandonados pelo legislador lusitano, convictos de que é mais pernicioso reinventar uma roda quadrada do que redescobrir a roda.

Fazemo-lo tendo por substrato a premissa (que procurámos supra demonstrar) de que o atual regime jurídico da menoridade não oferece respostas satisfatórias à necessidade de proteção jurídica dos adolescentes, mormente a imperatividade de desenvolverem livremente a sua personalidade e a necessária

⁵³ Refira-se que “estas alterações ocorrem de forma particularmente significativa no sistema límbico, que tem grande impacto na tomada de decisões, no autocontrolo, na regulação emocional ou na procura de comportamentos de risco, sobretudo dos mais jovens, com um córtex pré-frontal imaturo” (QUINTERO, Javier. *O cérebro adolescente: uma mente em construção*. Lisboa: Atlântico Press, 2018, p. 89).

⁵⁴ QUINTERO, Javier. *O cérebro adolescente: uma mente em construção*. Lisboa: Atlântico Press, 2018, p. 24.

⁵⁵ PESSOA, Fernando. *Livro do Desassossego*. Lisboa: Relógio d’água, 2013, p. 472

proteção das suas vulnerabilidades, a dicotomia que deve nortear todo o Instituto.

Estamos convictos de que devemos abandonar o instituto da representação quando os menores se tornam adolescentes, porque este instituto não respeita a conceção do menor como pessoa, como sujeito de direitos⁵⁶, a sua procura pela ipseidade, através de uma autonomia que se constrói com o devir existencial. Mais do que isso, infantiliza os adolescentes, furtando-lhes a capacidade de agir e coarta o seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que tem axiologia constitucional. Dessarte, tendo por premissa o princípio da “alternativa menos restritiva”⁵⁷, a representação legal apenas se justifica quando o menor não tem artefactos emocionais e psicológicos que lhe permitam uma tomada de decisão madura, pelo que deverá ser proscrita quando aquele atinge a adolescência.

Como deixámos escrito, a nossa tese consiste em recuperar dois regimes revogados pelo legislador; *ab initio*, defendemos a repristinação da redação original do código civil português que pugnava que *são menores as pessoas de*

⁵⁶ Esta é uma conquista da segunda metade do século XX, onde se reconhece que a criança é uma pessoa e, decorrente desse facto, o seu direito à autodeterminação (assim, HART, *apud* SCHMIDT, Melinda G. e REPPUCCI, N. Dickon. *Children`s Right and Capacities*. In: BOTTOMS, Bette L., KOVERA, Margaret Bull e McAULIFF, Bradley D. *Children, Social Science and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 78). Mas, se foi preciso esperar até meados do século XX para o reconhecimento da criança como ente jurídico, a génese deste movimento encontra-se no pensamento de ROUSSEAU e LOCKE e nas suas conceções sobre a infância (assim, MARTINS, Rosa. Responsabilidades Parentais no Século XXI: a Tensão entre o Direito de Participação da Criança e a Função Educativa dos Pais. “*Lex familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*”. Coimbra, a.5, n.10 (2008), p. 28).

“A consideração da criança como sujeito de direitos visualiza o menor na sua condição de pessoa, titular de direitos humanos, em consonância com a conceção jurídica da infância contemporânea” (RIVERO, Jetzabel. Menor de Edad y Capacidad de Ejercicio: reto del Derecho Familiar Contemporáneo. *Revista sobre la Infância y la Adolescência*. Valencia, v. 2 (2012), p. 29). Subscrevemos que este reconhecimento jurídico “constitui uma valiosíssima aquisição civilizacional, com fundamentos e implicações éticas, culturais, sociais e políticas muito relevantes” (LEANDRO, Armando. *Direitos da Criança e Comunidade*. In: LEANDRO, Armando/LÚCIO, Álvaro Laborinho. *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*. Coimbra: Livraria Almedina, p. 43).

⁵⁷ Como nós, VAL, Maria del Carmen Garcia de. *La Capacidad del Menor Aragonés para el Ejercicio de sus Derechos de la Personalidad*. In: *Encuentros Del Foro De Derecho Aragonés, 18, Zaragoza - Huesca, 2008. Derechos de la Personalidad de los Menores en Aragón: atas*. El Justicia de Aragón: Zaragoza, 2009, p. 106.

Trazemos aqui à colação a Doutrina da Alternativa Menos Restritiva, que tem a sua sede na jurisprudência americana, ao defender que os Estados devem escolher os métodos menos lesivos dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, que, *in casu*, se consubstanciaria em alargar a autonomia dos menores a todas as situações em que tenham discernimento para agir; sobre a temática, *vide* VÍTOR, Paula Távora. *Pessoas com Capacidade Diminuída: Promoção e/ou Protecção*. In: OLIVEIRA, Guilherme de [cord.]. *Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 185 e ss.

um e outro sexo enquanto não perfizerem vinte e um anos de idade (ainda que com uma linguagem mais atual, sem referência ao sexo, permitindo incluir os não binários).

Defendemo-lo porque sempre considerámos *contra natura* a redução da idade matriz para a maioridade⁵⁸, porquanto a democratização do ensino e o aumento da escolaridade entre os adolescentes adiou, por boas e sólidas razões, a sua inserção no mercado de trabalho e, conseqüentemente, a sua independência. Sejamos incisivos para benefício da exposição: hoje o paradigma já não é começar a trabalhar aos doze ou catorze anos, nem casar aos dezassete e constituir família antes da segunda década de vida. Em Portugal, como nos países mais desenvolvidos, a maioria dos adolescentes estuda, pelo menos, até depois dos vinte e um anos, reside em casa dos pais e não tem autonomia financeira, gozando uma independência mais formal do que material.

Mas, porque as generalizações são sempre falaciosas e todas as pessoas são um universo, recordamos que o regime anterior também estabelecia que o *menor poderia ser emancipado pelo casamento, por concessão do pai, ou da mãe quando exerça plenamente o poder paternal, de concessão do conselho de família, na falta dos pais ou estando eles inibidos do poder paternal ou, ainda, de decisão do tribunal de menores. Mutatis mutandis* (mormente a inadmissível desigualdade de género) propomos algo semelhante: após concluir os dezasseis anos seria possível emancipar o menor através do crivo de um processo judicial, sempre que o adolescente demonstrasse ter discernimento e maturidade para cuidar de si e dos seus interesses.

Por outro lado, também propomos reprimar o regime da assistência. Com efeito, na esteira de Rosa Martins também nós já defendemos “a consagração do instituto da assistência, como forma de suprimento da incapacidade de agir dos adolescentes, revela-se, deste modo, mais apropriada, não excluindo, antes promovendo, a participação do adolescente no comércio jurídico, de acordo com a sua capacidade natural. O instituto da assistência permite aqui, assim, uma aprendizagem mais gradual da vida negocial dando,

⁵⁸ Sendo que, como nos recorda Menezes CORDEIRO, o legislador lusitano seguiu a tendência da legiferação europeia coeva (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil, Tomo IV*. 5.ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2019, p. 493.

em suma, plena realização ao imperativo constitucional do direito do desenvolvimento da personalidade”⁵⁹.

Como nos ensinou Carvalho FERNANDES, “o assistente apenas colabora com o incapaz que também intervém no acto. O acto, para que seja validamente praticado, exige o concurso da vontade do incapaz e do assistente. Assim, diz-se, que na assistência há um fenómeno de conjugação de vontades”⁶⁰.

Repristinamos a canónica definição, porque a mesma retrata de modo lapidar a dicotomia sobre a qual construímos as nossas reflexões. Com efeito, no instituto da assistência o adolescente vincula-se pessoalmente (o que é crucial para permitir o livre desenvolvimento da sua personalidade e tecer a sua autonomia), mas exige-se que o assistente adira ao ato praticado pelo adolescente (o que permite defendê-lo das suas próprias debilidades). Este seria um instituto jurídico específico para os adolescentes que asseguraria a defesa da autonomia do adolescente para forjar as próprias decisões⁶¹, mas que, cumulativamente, não os deixa abandonados a si mesmos, impelindo sobre o educador a obrigação de minimizar os erros do percurso e diminuir ao máximo *as pedras do caminho*, porque reconhecer que as crianças têm direitos, não é abandonar as crianças aos seus direitos e deixar os pais entre *Cila e Caribdis*⁶². Neste sentido, o assistente funcionaria como um *conselheiro* que oferece a sua experiência para colmatar as debilidades dos adolescentes, alguém a quem este

⁵⁹ MARTINS, Rosa. *Menoridade, (In)capacidade e Cuidado Parental*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 127. No mesmo sentido, PEREIRA, André 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, p. 201), SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. 8.ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2021, e 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. 47).

⁶⁰ FERNANDES, Luís Carvalho. *Teoria Geral do Direito Civil*. Tomo 1. Lisboa: Universidade Católica de Lisboa, 1983, p. 265.

⁶¹ No mesmo sentido que nós, SCHMIDT, Melinda G./REPPUCCI, N. Dickon. *Children`s Right and Capacities*, *cit.*, p. 88.

⁶² Importa ter presente que liberdade de pensamento não é liberdade de ação: que ensinar os filhos a pensarem por si e a procurarem as suas respostas não é incompatível com regras, com disciplina, com autoridade e com punição para o comportamento inadequado. Por mais liberal que seja a nossa visão da educação, não devemos considerar abusivo que os pais proibam os filhos de consumir drogas ou álcool, que se afaste as crianças dos cigarros, que se procure que tenham uma alimentação saudável e pratiquem desporto, impor horários e hábitos domésticos, que vivam uma sexualidade saudável, incutir-lhes referências morais, sendo que, para tanto, não raras vezes, exige-se o exercício da autoridade, não fossem os direitos das crianças uma figura híbrida construída sobre direitos e obrigações dos seus cuidadores (como nós, HEARST, Alice. *Children and the Politics of Cultural Belonging*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 21).

teria obrigatoriamente de recorrer sempre que pretendesse vincular-se juridicamente em algo que extravasasse as trivialidades do quotidiano, sem se lhe substituir, impondo à força a sua vontade, alienando o adolescente do processo. Como amiúde sucede com os adultos.

Com efeito, as complexidades da modernidade tornaram o homem profusamente dependente dos outros; hoje, para decidir algo, constatamos a imprescindibilidade de recorrer a um conhecimento pericial, seja de médicos, de advogados, de contabilistas, de mecânicos, a quem recorreremos para “pedir emprestado as suas capacidades”⁶³ e nos auxiliarem no processo volitivo. O que sufragamos é que, tal como os adultos recorrem a especialistas para os ajudarem na conceção das suas decisões, os adolescentes devem recorrer aos *seus adultos*, para tomarem decisões que sozinhos poderão ser inaptos⁶⁴.

5. Conclusões

No estágio atual, para suprir a incapacidade de agir dos menores recorre-se ao instituto da representação legal, ou seja, o titular das responsabilidades parentais tem o direito de, livremente ou após autorização judicial, vincular juridicamente o menor. Um menor, quer tenha um ano quer tenha dezassete anos, numa insustentável infantilização da adolescência.

Em sentido contrário, os ordenamentos jurídicos (o caso português é apenas um paradigma e não um paradoxo) conferem aos adolescentes um conjunto de direitos fundamentais de que podem livremente dispor, *inter alia*, o direito a casar, o direito a decidir sobre cuidados de saúde, o direito à livre disposição do seu corpo. Num tempo em que a sua maturação cerebral ainda é imatura, porquanto a trilogia da tomada de decisão – consciência, vontade e liberdade – ainda é imperfeita.

Do que deixámos escrito sobre o funcionamento do cérebro adolescente não é lícito inferir-se que os adolescentes são inaptos para distinguir o certo do

⁶³ GODWIN, Samantha. Children's Oppression, Rights, and Liberation. *Northwestern Interdisciplinary Law Review*. Evanston. v. 4 (2011), p. 272.

⁶⁴ Em sentido semelhante, alega-se que “promove-se o exercício da *soberania* da criança sobre si, mas sem que isto signifique a imposição da mesma, ou seja, as responsabilidades parentais existem enquanto garantia do cuidado e do desenvolvimento da criança e, nesta medida, elas existem até onde a criança necessitar, independentemente da competência para decidir sozinha” (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), p. 109).

errado, que não conseguem tomar boas decisões e conseqüentemente ser responsabilizados pelo desvalor das suas ações. A conclusão extravasaria claramente a premissa.

O que defendemos é que os adolescentes, dada a imaturidade da sua maturidade, deviam tomar estas decisões com o apoio dos adultos, pelo que propusemos a substituição do instituto da representação pelo da assistência, alargado a todas as decisões fundamentais da vida do adolescente e às deliberações de cariz existencial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFAIATE, Ana Rita. O problema da responsabilidade penal dos inimputáveis por menoridade. Dissertação de Doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Consult. 25 de março 2023] Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/27038>;

ALLEN, David. *Is Childhood Disappearing?* [Em linha]. Brighton: University of Sussex. [Consult. 3 jan. 2023]. Disponível em: <http://www.sussex.ac.uk/cspt/1-6-1-2-6.html>;

BLAKEMORE, Sarah-Jayne e ROBBINS, Trevor. Decision-making in the adolescent brain. *Nature Neuroscience*, v, 15 (2012), pp. 1184–1191;

BOLIEIRO, Helena/GUERRA, Paulo. *A Criança e a Família - uma Questão de Direitos(s), Visão Prática dos Principais Institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009;

BOTE, Rúben Moreno. *Como tomamos decisões? Os mecanismos neuronais da escolha*. Lisboa: Atlântico Press, 2019;

CANESSA, Nicola. O sonho da razão. Como funciona o cérebro. Lisboa: Atlântico Press, 2019;

CASTILLO, Agustín Macías. *La Prestación del Consentimiento de los Menores en la LO 1/1982 de 5 de Mayo, Después de la Instrucción 2/2006 del Fiscal General del Estado*. In: AA.VV. *La Ética y el Derecho de la Información en los Tiempos del Postperiodismo*. Valencia: Fundación Coso, 2007;

CARDOSO, Gustavo - E-Generation: Os Usos de Media pelas Crianças e Jovens em Portugal. Lisboa: CIES/ISCTE, 2007;

CARNELUTTI, Francesco. Metodologia do Direito. Lisboa: Esc. Topográfica das Oficinas de S. José, 1940;

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil, Tomo IV*. 5ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2019;

COTRUFO, Tiziaba. *Na mente da criança. O cérebro nos seus primeiros anos*. Lisboa: Atlântico Press, 2019;

DAMÁSIO, António. *A estranha ordem das coisas. A vida, os sentimentos e as culturas humanas*. Lisboa: Círculo de Leitores, 2017;

DAMÁSIO, António. *O erro de Descartes. Emoção, razão e cérebro humano*. 8.^a Ed. Lisboa: Edições Europa-América, 1995;

DAMÁSIO, António. *Sentir & Saber. A caminho da consciência*. Lisboa: Círculo de Leitores, 2020;

DAMÁSIO, António. *O sentimento de si. O Corpo, a Emoção, e a Neurobiologia da consciência*. Lisboa: Publicações Europa-América, 2008;

EISENSTEIN, Evelyn. Adolescência: definições, conceitos e critérios. *Adolescência & Saúde*. V. 2, n.º 2 (2005);

FERNANDES, Luís Carvalho. *Teoria Geral do Direito Civil. Tomo 1*. Lisboa: AAFDL, 1983;

FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria Geral do Direito Civil. v. 1. (Introdução e Pressupostos da Relação Jurídica)*. 6.^a Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012;

FERREIRA, Ana Elisabete. *Neuroética e Neurodireito. Pensar a responsabilidade a partir das neurociências*. Coimbra: Petrony Editora, 2020;

GODWIN, Samantha. Children`s Oppression, Rights, and Liberation. *Northwestern Interdisciplinary Law Review*. Evanston. v. 4 (2011), pp. 247-302;

HEARST, Alice. *Children and the Politics of Cultural Belonging*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013;

HORSTER, Heinrich Ewald. *A Parte Geral do Código Civil Português - Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 2012;

LAUFFER, Javier. *Prazer e Recompensa. Os mecanismos da motivação*. Lisboa, Atlântico Press, 2019;

LEANDRO, Armando. Direitos da Criança e Comunidade. In: LEANDRO, Armando/LÚCIO, Álvaro Laborinho. *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*. Coimbra: Livraria Almedina, p. 43-78;

LEMOULAND, Jean-Jacques - L'assistance du Mineur, une Voie Possible entre l'autonomie et la représentation. *Revue Trimestrielle de Droit Civil Paris*. a.96, n.1(1997);

MARTINS, Rosa. Responsabilidades Parentais no Século XXI: a Tensão entre o Direito de Participação da Criança e a Função Educativa dos Pais. *Lex familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*. Coimbra, a.5, n.10 (2008), pp. 25-40;

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

PALFREY, John e GASSER, Urs. *Born Digital: Understanding the First Generation of Digital Natives*. New York: Basic Books, 2008;

PEREIRA, André 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;

PÉREZ, Inmaculada. *Mapa do Cérebro: um passeio anatómico pela máquina de pensar*. Lisboa: Atlântico Press, 2019;

QUINTERO, Javier. *O cérebro adolescente: uma mente em construção*. Lisboa: Atlântico Press, 2018;

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. 105-138;

RIVERO, Jetzabel. Menor de Edad y Capacidad de Ejercicio: reto del Derecho Familiar Contemporáneo. *Revista sobre la Infância y la Adolescência*. Valencia, v. 2 (2012), pp. 23-36;

SCHMIDT, Melinda G. e REPPUCCI, N. Dickon. Children`s Right and Capacities. In: BOTTOMS, Bette L., KOVERA, Margaret Bull e McAULIFF, Bradley D. *Children, Social Science and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, pp. 76-105;

SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Temas de Direito das Crianças*. Coimbra: Livraria Almedina, 2014;

SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. 8.ª Edição Ver. Aum. e Actual. Coimbra: Livraria Almedina, 2021;

SOTTOMAYOR, Maria Clara [Coord.] *Código Civil Anotado*. 2.ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2022;

TAPSCOTT, Don e WILLIAMS, Anthony D. *Wikinomics: A Nova Economia das Multidões Inteligentes*. Matosinhos: Quidnovi, 2008;

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;

TURKLE, Sherry. *O Segundo Eu: Os computadores e o Espírito Humano*. Lisboa: Editorial Presença, 1989;

VAL, Maria del Carmen Garcia de. La Capacidad del Menor Aragonés para el Ejercicio de sus Derechos de la Personalidad. In: Encuentros Del Foro De Derecho Aragonés, 18, Zaragoza - Huesca, 2008. *Derechos de la Personalidad de los Menores en Aragón: atas*. El Justicia de Aragón: Zaragoza, 2009;

VÍTOR, Paula Távora. Pessoas com Capacidade Diminuída: Promoção e/ou Protecção. In: OLIVEIRA, Guilherme de [cord.]. *Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 175-201;

XAVIER, Rita Lobo. Falta de Autonomia de Vida e Dependência Económica dos Jovens: uma Carga para as Mães Separadas ou Divorciadas. “*Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*. Coimbra”. a.6, n.12 (2009), pp. 15-21.

Data de submissão do artigo: 23/01/2023

Data de aprovação do artigo: 02/05/2023

Edição e propriedade:

Universidade Portucalense Cooperativa de Ensino Superior, CRL

Rua Dr. António Bernardino de Almeida, 541 - 4200-072 Porto

Email: upt@upt.pt