



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**(I)LICITUDE DA RECUSA DE TRATAMENTO
MÉDICO A FILHO MENOR**

Inês Isabel Andrade Marcelo

Orientador: Professor Doutor Germano Marques da Silva

Mestrado em Direito Forense

Faculdade de Direito | Escola de Lisboa

06/03/2022



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**(I)LICITUDE DA RECUSA DE TRATAMENTO
MÉDICO A FILHO MENOR**

Inês Isabel Andrade Marcelo

Orientador: Professor Doutor Germano Marques da Silva

Mestrado em Direito Forense

Faculdade de Direito | Escola de Lisboa

06/03/2022

“A parte mais importante do progresso é o desejo de progredir”

Lúcio Aneu Séneca

— AGRADECIMENTOS —

Ao Professor Doutor Germano Marques da Silva, por ter aceite orientar esta dissertação que, com toda a sua experiência e saber, partilhou comigo as suas opiniões e críticas, e, acima de tudo, pela sua disponibilidade.

À minha família pelo apoio incondicional, por toda a dedicação e sacrifícios. Obrigada por acreditarem sempre em mim.

À minha Madrinha por nunca deixar de me incentivar, por ser o meu apoio e mesmo nas horas de maior dificuldade nunca me ter deixado desanimar.

Aos meus “irmãos” por serem a melhor família emprestada que podia ter tido a sorte de encontrar, que sempre ouviram as minhas ansiedades e por, sem eles mesmo saberem, me influenciarem na escolha deste tema.

À Doutora Rita e ao Doutor José Nuno pela compreensão e amizade que têm demonstrado para comigo desde o primeiro dia.

A dissertação que agora se apresenta resulta de pesquisa e análise crítica relativa à licitude ou ilicitude da recusa de tratamentos médicos por parte dos progenitores ao filho menor e destina-se à obtenção do grau de Mestre em Direito na área de especialização em Direito Forense, pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

Esta Tese foi redigida de acordo com o Novo Acordo Ortográfico, ao abrigo da Resolução do Conselho de Ministros, n.º 8/2011, mantendo-se nas transcrições a ortografia tal como a mesma é apresentada pelo autor.

Ao longo deste trabalho foram realizadas pesquisas em língua inglesa, assumindo a autora a inteira responsabilidade por eventuais erros na sua interpretação, sendo que por vezes as transcrições foram mantidas na língua originária, de forma a que não perdessem a sua essência e significado.

No que concerne às notas de rodapé, a primeira citação de todas as monografias e artigos seguirá a seguinte ordem: autor (iniciando-se pelo seu apelido), título, título da obra coletiva ou publicação periódica (quando estejamos perante um artigo), volume (quando a obra contenha), local de edição, editora, ano e paginação.

Esta ordem será seguida apenas para a primeira indicação de cada obra. A partir desse ponto será referenciado apenas o autor seguindo-se da expressão *Ob. cit.*, e página(s) em causa. Existindo várias menções seguidas ao mesmo autor e obra, utilizar-se-á unicamente a expressão *Idem* seguida da paginação ou *Ibidem* se a(s) página(s) forem iguais às da nota imediatamente anterior.

A bibliografia encontra-se ordenada por ordem alfabética de autores. Sendo que, quando utilizadas várias obras ou artigos do mesmo autor, estes encontram-se ordenados por ordem cronológica, do mais antigo para o mais recente.

— SIGLAS E ABREVIATURAS —

Art.º – Artigo

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

CC – Código Civil

CEDHBio – Convenção Europeia dos Direitos Humanos e Bioquímica

CNECV - Conselho Nacional de tica para as Ciências da Vida

CRegCiv – Código do Registo Civil

CP – Código Penal

DL – Decreto-Lei

HIV – Vírus da Imunodeficiência Humana

IPO – Instituto Português de Oncologia

Vol. – Volume

LPCJP – Lei de Proteção das Crianças e Jovens em Perigo

N.º / N.ºs – Número / Números

Ob. Cit. – Obra Citada

P. / PP. – Página / Páginas

PGR – Procuradoria Geral da República

— ÍNDICE —

Considerações Introdutórias.....	10
Cap. I – Responsabilidades Parentais – Dever de Auxílio.....	13
1. Breve Evolução Histórica.....	13
2. Noção e Natureza Jurídica das Responsabilidades Parentais.....	16
3. As Responsabilidades Parentais como Imperativo Categórico na Salvaguarda da Saúde do Menor.....	19
Cap. II – O Dever de Garante e a Conduta Omissiva.....	23
1. Conduta Omissiva – Distinção entre Crimes Omissivos Próprios e Impróprios...23	
2. Crimes Omissivos Impróprios.....	26
i. Equiparação da Ação à Omissão nos Crimes Impróprios.....	26
ii. Tipo de Ilícito Objetivo nos Crimes Impróprios de Omissão.....	28
iii. Subordinação das Responsabilidades Parentais ao Dever de Garante.....	30
iv. Tipo de Ilícito Subjetivo nos Crimes Impróprios de Omissão.....	33
a. Tipo de Ilícito Doloso.....	34
b. Tipo de Ilícito Negligente.....	35
Cap. III – (IR)relevância da Oposição dos Pais ao Tratamento Médico dos Menores...37	
1. Será a Vontade dos Progenitores Soberana?.....	37
i. Atuação Urgente e Imprescindível à Vida do Menor.....	39
ii. Atuação Não Urgente mas Essencial à Vida do Menor.....	41
a. Autorização Especial do Tribunal.....	41
b. Sem Autorização Especial do Tribunal.....	45
2. Escolha do Tratamento Não Recomendado.....	47

Considerações Finais.....	52
Bibliografia.....	55
Anexo I.....	59

Desde o nascimento até ao dia em que os nossos pais são obrigados, pelas forças da natureza, a abandonar-nos, a influência e o sentido de cuidado destes prolongam-se por décadas. Contudo, a realidade é que quando somos mais novos e ainda estamos nos nossos primeiros tempos de vida, a relação entre pais e filhos assume uma relevância de extrema importância, dada a vulnerabilidade natural e as diversas carências que a criança revela, sendo incapaz de se defender sozinha de ameaças tanto internas, propugnadas por ela própria, como externas, decorrentes do meio envolvente. Pelo que a atuação dos progenitores se mostra fulcral, em razão de, em princípio, serem estes os que, pela sua proximidade, estão mais aptos a conhecer as necessidades da criança e qual a melhor forma de proteger a sua integridade física, moral e emocional.

De forma a poderem exercer da melhor maneira possível estas funções, os progenitores são munidos com um conjunto de poderes-deveres que os auxiliam e orientam na sua conduta. Este papel, fulcral, que os progenitores assumem deriva primeiramente de um dever geral de garante que, *in casu*, como nos estamos a referir a menores, se exterioriza através das apelidadas Responsabilidades Parentais, e é sobre estas responsabilidades que o presente estudo se irá centrar, mais concretamente no dever de zelar pela integridade física e saúde do menor.

Começaremos por uma breve introdução ao mundo do Poder Parental, a sua evolução em Portugal e os desafios que teve de ultrapassar até assumir o conteúdo que hoje apresenta.

Passando de seguida para a análise concreta dos poderes-deveres que estão direta ou indiretamente relacionados com a pessoa do menor, no que à sua saúde e integridade física respeita.

A segunda parte desta dissertação e, também, a mais desafiante em termos jurídicos, respeita ao facto de, existindo este conjunto de poderes-deveres relacionados com a saúde do menor, saber qual o comportamento que os progenitores devem adotar, tendo sempre como fim principal o melhor interesse da criança e, caso não o adotem, se existirá alguma consequência jurídico-penal para a omissão dessa conduta. Os pais terão sempre o dever moral de zelar pelo bem-estar físico e psicológico do menor, norteando a sua conduta por este imperativo,

tal como afirma o Professor GERMANO MARQUES DA SILVA, “quem tem o poder de dispor sobre os outros, seja no que for, não pode alhear-se da responsabilidade moral dos seus atos, ainda que só tenha de responder por eles perante a sua consciência”¹. Contudo, nos casos em que os progenitores recusam ao filho os cuidados de saúde necessários para o seu bom e normal desenvolvimento, consideramos que não pode ser apenas a consciência daqueles a imperar, têm de existir mecanismos para de alguma forma os responsabilizar pela omissão e recusa dos tratamentos médicos, imprescindíveis à manutenção da integridade física ou sobrevivência do menor. Para isso, iremos proceder à análise do regime respeitante aos comportamentos omissivos de forma a poder subsumir aquele tipo de condutas a esses preceitos legais e retirar as necessárias consequências legais.

O terceiro e último capítulo, intimamente relacionado com a temática anterior, consiste, também, em proceder à análise das consequências da recusa dos tratamentos médicos aos filhos menores por parte dos progenitores. Porém, nesta fase iremos tentar perceber se esta recusa dos pais será soberana e prevalecerá em detrimento da opinião dos médicos, ou se, pelo contrário, estes têm autonomia para aplicar o tratamento terapêutico no menor, contra a vontade dos progenitores, mas com autorização dada pelas entidades competentes que, neste caso será o Tribunal.

No entanto, ainda nesta temática, impõe-se-nos ainda outra questão, a de saber se o médico tem autonomia suficiente para, mesmo sem a autorização do tribunal, proceder aos tratamentos médicos necessários e essenciais para a vida do menor e, caso a resposta seja negativa, qual a repercussão penal desta “carta branca” que o médico passou a si mesmo.

Por último, abordaremos ainda os casos em que os progenitores não tencionam seguir o tratamento terapêutico médico recomendado. Todavia, não pretendem deixar o menor sem acesso a cuidados de saúde, apenas tencionam que este seja tratado através de outro tipo de métodos, não convencionais ou em que a sua eficácia ainda não se encontre comprovada. Será esta abordagem aceite pela Jurisprudência? Ou serão os pais obrigados a seguir o tratamento recomendado pelos médicos?

¹ SILVA, Germano Marques da, “A ética profissional”, in *Direito e Justiça*, Vol. XIII, Tomo 3, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1999, pp. 59-65.

Este estudo tem como objetivo principal responder à seguinte questão: Podem os progenitores ser responsabilizados por recusarem tratamentos médicos ao filho menor?

Sendo que esta questão pressupõe duas vertentes, a recusa de levar o menor até um profissional de saúde, quando é perceptível para o homem médio, que o menor não se encontra no estado de saúde expectável e considerado normal. E a segunda dimensão será o caso dos progenitores de, depois de terem levado o menor a um profissional de saúde, recusarem os tratamentos médicos indicados por este e essenciais à recuperação da saúde da criança.

Ao longo da dissertação iremos proceder à análise de casos reais², nacionais e estrangeiros, de forma a ser mais fácil personificar o que nesta sede se pretende discutir, percebendo se existe alguma posição dominante acerca desta temática e em caso afirmativo qual.

Sempre que seja feita uma referência a progenitores, por uma questão de coerência, o conceito deve ser interpretado de forma extensiva, admitindo assim as considerações retiradas neste trabalho, como sendo aplicáveis às relações entre os menores e os seus representantes legais ou tutores.

Todas as questões levantadas referir-se-ão a casos em que os menores ainda não possuem o discernimento, nem a idade suficiente para expressar a sua opinião, afastando-nos propositadamente da discussão em torno do artigo 38, n.º 3 do CP referente a capacidade do menor para prestar consentimento.

² Utilizaremos como exemplo o caso típico das Testemunhas de Jeová, mas também outros em que as motivações dos pais não são de ordem religiosa ou ideológica, recusando os tratamentos médicos apenas porque consideram que não seguir as recomendações médicas é “a decisão mais acertada” ...mais acertada para quem? (...é a questão que fazemos...).

1. Breve Evolução Histórica

Os deveres enunciados no art.º 1874.º do Código Civil, assim como o regime das Responsabilidades Parentais, nem sempre tiveram as denominações e os conteúdos atuais. O artigo referente aos deveres recíprocos entre pais e filhos, dispunha até à reforma de 1977 a seguinte redação, “Os filhos devem honrar e respeitar seus pais”³.

Também o regime das Responsabilidades Parentais nem sempre teve esta designação, durante muitos séculos, foi apelidado de Poder Paternal. Este teve a sua origem na *Patria Potestas* do Direito Romano, residindo a sua génese na autoridade exercida pelo *pater*, o pai de família. Porém, estes poderes e deveres não se mantiveram estáticos, sofrendo inúmeras alterações à medida que a sociedade evoluiu e as relações familiares se transformaram.

Portugal não foi exceção, desde o Código de Seabra até aos dias de hoje o regime das Responsabilidades Parentais tem-se modificado, acompanhando os novos tempos e tentando responder aos desafios que estes trazem.

O Código de Seabra (Código Civil de 1867)⁴, como não podia deixar de ser, foi fortemente influenciado pelas ideologias dominantes à época, iniciando uma longa e lenta transformação do Poder Paternal, consagrando, entre outras medidas: uma maioria mais avançada, dado que esta só era atingida aos 21 anos; a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos; a desigualdade de poderes entre pai e mãe e a subordinação absoluta dos filhos aos pais (pai).

Vigorava a ideia do Poder Paternal como um meio de suprimento da incapacidade dos menores, através da representação dos pais em substituição dos filhos. Tal facto leva a que, nos dias de hoje, este código seja fortemente criticado, por implicar uma visão demasiado restrita do poder paternal, dado que cingia esta

³ Código Civil de 1966, artigo 1876.º, disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1801&artigo_id=&nid=775&pagina=19&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo=

⁴ Texto integral disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>.

figura ao suprimento da incapacidade natural dos menores⁵, inserindo-o no Título da Capacidade Civil. Apesar de tal circunstância, dada a longevidade deste Código (100 anos), algumas alterações ocorreram no que a este regime concerne, entre elas, a criação da Lei da Proteção dos Filhos (Decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910) e a Lei do Divórcio (Decreto de 3 de Novembro de 1910).

A figura do Poder Paternal manteve-se praticamente inalterada aquando da adoção do Código Civil de 1966, sendo que a única modificação merecedora de menção consiste na sua alteração sistemática, passando a integrar o Livro da Família. Esta circunstância deveu-se ao facto do Poder Paternal ter passado a ser encarado, não apenas como um mecanismo de suprimento da incapacidade natural dos menores, mas também, como um dos efeitos da filiação, focando-se mais nas relações pessoais entre pais e filhos e não apenas nos direitos patrimoniais sobre os bens dos menores.

Apesar da preponderância da autoridade masculina, com uma clara distinção entre os poderes do pai e da mãe, a introdução deste código garantiu à progenitora o direito de participar nos assuntos relativos aos interesses dos filhos e de velar pela integridade física e moral dos mesmos.

Com a Reforma do Código Civil operada pelo DL n.º 496/77, de 15 de Novembro, tanto o regime dos Deveres, como o das Responsabilidades Parentais sofreram profundas alterações. Fruto da Revolução de 25 de Abril de 1974⁶ novos preceitos constitucionais foram introduzidos, com especial impacto nas matérias aqui em apreço, tendo sido especialmente importante a introdução do art.º 36, apoiado no estandarte do Princípio da Igualdade. Nele são instituídos o princípio da não discriminação dos filhos nascidos dentro e fora do casamento, a sujeição do poder paternal ao interesse do filho (art.1878.º, n.º 1 do CC), o alargamento das causas de inibição das responsabilidades parentais (art.º 1915.º do CC) e o reconhecimento da progressiva autonomia do menor (art.º 1878.º, n.º 2 do CC). Também o art.º 1876º do Código Civil sofreu uma profunda alteração, encontrando-se, agora, a sua disciplina retratada no artigo 1874.º do Código Civil, com uma

⁵ DUARTE, Maria de Fátima Abrantes Duarte, “O Poder Paternal. Contributo para o Estudo do seu atual Regime”, 1ª Reimpressão, Lisboa, AAFDL, 1989, p.11-15.

⁶ COLLAÇO, Isabel de Magalhães, “A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um olhar vinte e cinco anos depois”, Comemoração dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Vol. I - Direito da Família e Sucessões, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p.18-36.

redação completamente modificada, passando a constar que “Pais e filhos devem-se mutuamente respeito, auxílio e assistência”, em detrimento do dever unilateral de “honrar e respeitar seus pais”. O legislador terminou assim por completo com a autoridade absoluta dos pais e introduziu o modelo da família democrática assente na afetividade e igualdade entre os seus membros⁷.

Os preceitos inerentes ao instituto do Poder Paternal adquirem nesta altura os contornos essenciais do regime que imperam até aos dias de hoje, ultrapassando-se o imperativo do poder exclusivo do pai, para passar a integrar também a autoridade da mãe, assumindo uma igualdade entre os progenitores, tendo ainda transitado o conceito de poder, na aceção de direito, para um dever ao nível da função.

É assim possível retirar desta breve análise que as alterações mais significativas, respeitantes a esta reforma, referem-se principalmente ao paradigma de família, que passa a assentar na igualdade entre os seus membros, no exercício das responsabilidades parentais, em especial, nos casos de divórcio, separação judicial de pessoas e bens e declaração de nulidade ou anulação do casamento (artigo 1906.º do Código Civil de 1977), pelo que, embora não se tenha observado uma alteração da terminologia - Poder Paternal - incorporaram fortes mudanças no seu conteúdo, titularidade e exercício.

Finalmente com a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, o legislador procedeu a uma substituição de conceitos, deixando para trás o Poder Paternal e substituindo-o pela expressão Responsabilidades Parentais⁸. Esta mudança de paradigma vem, definitivamente, pôr termo ao entendimento do menor como um objeto de “posse” por parte dos pais, em especial do progenitor masculino, fomentada pela anterior expressão - Poder Paternal. Os menores passam a ser titulares de direitos, pondo em evidência que a função dos progenitores é a de cuidar da criança, sobrepondo-se à função de representação. Estas passam assim a ser o centro da atenção, dado que são os seus direitos que se pretendem salvaguardar, em vez de este interesse estar em quem, em teoria, detêm o poder - os progenitores.

⁷ DUARTE, Maria de Fátima Abrantes, Ob. cit., pp.50-51.

⁸ O novo conceito foi fortemente inspirado na Recomendação n.º R (84) referente às Responsabilidades Parentais de 28 de Fevereiro de 1984, aprovada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa. O Comité considerou que esta expressão era mais rigorosa e adequada a uma evolução da realidade social e jurídica dos países Europeus.

Apesar de em termos legais estes artigos não terem sido alvo de mais modificações, a realidade é que as relações familiares não são estáticas e vão-se modificando e alterando acompanhando as transformações da sociedade.

É importante não esquecer que para termos relações funcionais e saudáveis é necessário que exista um equilíbrio entre os poderes-deveres que oneram tanto pais como filhos. É inconcebível aceitar nos dias de hoje que a opinião dos menores, em assuntos que lhes digam diretamente respeito, não seja tida em conta ou nem sequer ouvida pelos pais. Contudo, não pode ocorrer exatamente o inverso, que a posição dos filhos prevaleça, independentemente da opinião dos progenitores dando, estes, luz verde a todos os seus caprichos e desejos.

As relações de filiação têm na sua génese o respeito mútuo e a interajuda entre os membros de uma unidade familiar, sem estes a anarquia impera numa casa “onde todos gritam e ninguém tem razão”.

2. Noção e Natureza Jurídica das Responsabilidades Parentais

Com as inúmeras alterações legislativas efetuadas ao longo dos anos, observou-se uma evolução no modo como as Responsabilidades Parentais são encaradas, tanto nas relações internas, entre pais e filhos, como nas externas, na forma como a sociedade encara e se comporta perante este tipo de vínculos.

A noção de Responsabilidades Parentais não encontra discussão relevante na Doutrina, sendo unanimemente aceite que este regime se traduz no conjunto de poderes e deveres, exercidos por ambos os progenitores a fim de realizar o interesse dos filhos menores e não emancipados⁹. Sendo que este interesse abrange tanto a pessoa, contribuindo para o seu desenvolvimento físico e mental, como os seus bens (do menor), administrando o património, tendo sempre como fim último a salvaguarda do superior interesse da criança.

Atualmente o regime é encarado como tendo uma natureza de “poder-dever”, também apelidada de poder funcional¹⁰. Este poder implica uma dissociação

⁹ No que respeita à noção de Responsabilidades Parentais: SOTTOMAYOR, Clara, “Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos casos de Divórcio”, 5ª Edição revista, aumentada e atualizada, Porto, Almedina, 2011, p. 17.

¹⁰ DUARTE, Maria de Fátima Abrantes, Ob. cit., p.43. A classificação das Responsabilidades Parentais como poder funcional é aceite pacificamente pela maioria da Doutrina.

subjetiva entre o poder e o interesse, já que respeitam a pessoas diferentes. O poder (dos progenitores) deve sempre servir o interesse (do menor). Por essa mesma razão a Ordem Jurídica limita o livre exercício do titular do poder, vinculando-o a formas de exercício específicas, previstas e enquadradas normativamente. Nas palavras do Juiz ARMANDO LEANDRO, o poder funcional rege-se de maneira a que os “Deveres (...) no poder paternal constituem um «prius» face aos poderes. Pelo que, embora os dois aspetos do poder e do dever estejam indissoluvelmente ligados, os poderes são atribuídos ao titular para lhe permitir cumprir os deveres”¹¹.

As responsabilidades parentais não se fundamentam na incapacidade legal de agir do menor, mas sim no cuidado deste, no sentido de proteção e promoção do seu desenvolvimento integral, educando-o e preparando-o para a vida, de modo a que venha a ser um adulto autónomo e responsável. Estamos assim perante um fenómeno que a doutrina apelida de *conceção personalista das responsabilidades parentais*, na medida em que o menor deixa de ser encarado apenas como um sujeito detentor de direitos, para passar a ser uma “pessoa dotada de sentimentos, necessidades e emoções, a quem é reconhecido um espaço de autonomia e de autodeterminação, de acordo com a sua maturidade”¹², o que se traduz no facto de o menor, para além de ser titular de relações jurídicas, é também possuidor de uma autonomia progressiva que à medida que se intensifica “comprime proporcionalmente o núcleo de poderes-deveres inerentes às responsabilidades parentais”¹³.

Por estas mesmas razões não podem os poderes dos progenitores ser exercidos de forma livre e discricionária, “quer isto dizer, que não podem ser

Contra esta classificação temos, por exemplo, o Professor Gomes da Silva, que propõe que o instituto das Responsabilidades Parentais assuma uma natureza de direito subjetivo, dado que estão sempre em causa dois conjuntos de direitos e deveres. O primeiro conjunto respeita aos pais, que exercem estes poderes-deveres em função do interesse dos filhos, contribuindo para o desenvolvimento da sua personalidade, e o segundo conjunto de poderes-deveres respeita a uma realização da personalidade dos pais através do cumprimento desses direitos e deveres. *Vide*, VARELA, João de Matos Antunes, “Direito da Família”, Vol. I, 5ª Edição Revista, atualizada e completada, Lisboa, Livraria Petrony, 1996, p. 75-84.

¹¹ LEANDRO, Armando, “Poder Paternal: Natureza, Conteúdo, Exercício e Limitações. Algumas reflexões de prática judiciária”, in *Temas de Direito da Família*, Coimbra, Almedina Editora, 1986, pp.120 e 121.

¹² SOTTOMAYOR, Clara, *Ob. cit.*, p. 17.

¹³ MARTINS, Rosa, “Menoridade, (In)Capacidade e Cuidado Parental”, 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 229.

exercidos se, quando e como os pais pretendam”¹⁴, dado que devem sempre pautar a sua atuação de modo a privilegiar o interesse do menor.

A este poder funcional que recai sobre os pais corresponde, correlativamente, o dever de obediência dos filhos (art.º 1878.º, n.º 2 do CC). Porém, atualmente, este dever não corresponde a uma obrigação cega que anule por completo a personalidade destes. Prova dessa realidade é o facto de o legislador ter salvaguardado a possibilidade do menor se pronunciar sobre assuntos relevantes, tanto da sua vida familiar, como da sua pessoa, devendo os progenitores ter em consideração, em função da maturidade, a sua opinião. Desta forma, tem de existir um equilíbrio nas relações entre pais e filhos, pautada pelo respeito e afeto mútuos, tendo os progenitores de ter em atenção a “necessidade de autonomia própria do filho como ser em desenvolvimento, sem descurar a atividade de direção e supervisão (...), no contexto de uma relação interactiva e dialéctica”¹⁵.

No que concerne às relações externas e ao modo como estas se relacionam com as Responsabilidades Parentais, existe “um interesse público na realização do interesse do filho”¹⁶, uma vez que se abandonou o paradigma da típica relação bilateral, entre pai e filho, em que aquele tinha um poder quase discricionário e intangível sobre o menor, para assumir uma configuração triangular, onde para além dos dois principais intervenientes, também a sociedade e o Estado, atuando através do Tribunal, exercem o controlo sobre a, inicial, relação bilateral.

Apesar de imperar um dever geral de abstenção do Estado e da Sociedade, em relação à forma como os progenitores exercem o seu poder, de forma a respeitar a intimidade da vida privada, estes não só se responsabilizam pelos filhos e pelos seus atos, como também são responsáveis perante estas entidades externas na forma como exercem estes poderes.

Esta responsabilização dos progenitores perante o Estado e a sociedade, possibilita que caso aqueles incumpram o seu poder funcional originando a possibilidade de um sério prejuízo para o menor, o Tribunal possa e deva limitar, ou até mesmo suspender, as responsabilidades parentais.

¹⁴ Idem, p.191.

¹⁵ Idem, p. 227.

¹⁶ LEANDRO, Armando, Ob. cit., p. 123. Este é um interesse reflexo, mediato à realização do interesse individual.

As características das Responsabilidades Parentais podem, sinteticamente, ser descritas como sendo um conjunto de poderes-deveres, em primeiro lugar de ordem pública, uma vez que constituem uma das bases da família e respeitam ao estado das pessoas. São ainda irrenunciáveis¹⁷, assim como intransmissíveis, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, judicialmente controláveis e que devem ser exercidos, sempre, no interesse do menor, com vista ao seu desenvolvimento físico, moral e emocional.

3. As Responsabilidades Parentais como Imperativo Categórico na salvaguarda da Saúde do Menor

As relações de filiação implicam um conjunto de deveres recíprocos entre pais e filhos. Estes encontram-se enumerados no art.º 1874.º do Código Civil, o dever de respeito, auxílio e assistência. Apesar destes consistirem em deveres gerais que se prolongam no tempo, não cessando com a maioridade ou emancipação dos filhos, podemos considerar que o dever de auxílio, por atender a um dever moral de suporte entre os membros da família, integra em si mesmo as Responsabilidades Parentais que, por respeitarem a menores, se exercem numa via unilateral de pais para filhos e que implicam obrigações de ajuda e proteção relativas à pessoa do menor.

Seguindo o entendimento de ROSA MARTINS¹⁸, na sua análise do art.º 1878.º, n.º 1 do Código Civil, “compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação”. É possível retirar das palavras da autora que das Responsabilidades Parentais emergem poderes-deveres que se integram especificamente no plano pessoal: o poder-dever de guarda, o poder-dever de vigilância, o poder-dever de velar pela saúde do menor, o poder-dever de prover ao seu sustento e o poder-dever de educar¹⁹.

¹⁷ Fazendo menção expressa desta característica o art.º 1882.º do CC. A única exceção da irrenunciabilidade é no caso da adoção, dado que se dá uma extinção da filiação natural com a constituição da nova filiação adotiva.

¹⁸ MARTINS, Rosa, Ob. cit., p. 192.

¹⁹ Todavia, esta não é uma lista taxativa, as responsabilidades parentais, no plano pessoal, ultrapassam as enumeradas anteriormente. Exemplos de outros poderes-deveres incluídos são o do art.º 97.º, n.º 1, alínea a do CRegCiv, art.º 1875.º e 1876.º do CC, art.º 103.º do CRegCiv, o poder-dever de autorizar ou negar a saída do filho para o estrangeiro, o poder-dever de consentir ou recusar a emigração do filho, entre outros. Para mais *vide* MARTINS, Rosa, Ob. cit., p. 197.

Dado que a nossa dissertação se centra nas relações pessoais entre pais e filhos, mais especificamente se os progenitores têm algum dever de lhes prestar assistência, no que à sua saúde respeita, não iremos abordar todos os poderes-deveres supra identificados, mas apenas aqueles que diretamente se relacionam com esta temática e se mostram essenciais para uma correta e profunda análise da mesma.

Ora, o poder-dever basilar e sobre o qual toda a temática aqui em análise irá incidir consiste no de velar pela saúde do menor. Este divide-se em dois planos distintos, o da saúde física e o da saúde mental²⁰. No que respeita à saúde física, os pais devem proporcionar, na medida das suas possibilidades económicas, uma alimentação equilibrada, seguir as prescrições médicas e medicamentosas recomendadas, assim como tratar o menor durante os períodos de enfermidade.

Os dois últimos deveres anteriormente apontados são aqueles de onde emergem as questões jurídico-penalmente relevantes, dado que estes se centram essencialmente na questão do exercício da decisão, consentindo (ou não) a prática de uma intervenção cirúrgica ou no tratamento médico a que o menor deve ser sujeito por prescrição médica.

Os progenitores têm a faculdade de decidir pelo filho, pelo que, em regra, são os pais quem autorizam²¹ ou rejeitam a realização destas intervenções e/ou tratamentos médicos. Contudo, os progenitores devem sempre orientar os seus comportamentos de forma a prestarem à criança a assistência necessária para que ultrapasse com sucesso estes períodos de enfermidade, já que o menor, fruto da sua idade e falta de discernimento, conta com os pais para decidirem por ele qual a melhor via a adotar, tomando as decisões que melhor assegurem a recuperação deste.

O poder-dever de velar pela saúde do menor, seguindo a orientação adotada por MARIA ABRANTES DUARTE²², engloba o poder-dever de guarda e o poder-dever de vigilância. O primeiro, considerado como a base do poder-dever de velar

²⁰ A saúde mental, apesar de considerarmos essencial para a boa formação e desenvolvimento do menor, não será objeto de exame por sair fora do âmbito da nossa investigação.

²¹ Importa referir que nos casos em que os representantes legais são chamados a intervir, não o fazem por invocação de um direito à autodeterminação (dado que este constitui um direito personalíssimo do menor, sendo assim inalienável e insuscetível de ser delegado), mas antes no cumprimento do seu dever de zelar pela saúde e pelo bem-estar do menor, sendo por isso mais correto falar em autorização e não em representação.

²² DUARTE, Maria de Fátima Abrantes, Ob. cit., pp. 74-76.

pela segurança e saúde do menor, envolve a prestação de cuidados aos filhos, que consiste em lhes fixar residência (art.º 1887.º, n.º 1 e 2 do CC e 249.º do CP) e a incumbência de os ter em sua companhia, assegurando dessa forma a normalidade da vida familiar, em consonância com o disposto no art.º 36.º, n.ºs 5 e 6 da Constituição da República Portuguesa, sendo este um direito absoluto dos pais, em acompanhar os filhos, que só em caso de decisão judicial pode este ser retirado.

Estas responsabilidades asseguram a possibilidade de vigiar, controlar e proteger o menor tanto na sua integridade física como moral, tanto pelo controlo da pessoa do filho, como pelo controlo das suas relações com terceiros, interligando-se deste modo com o dever de vigilância. Todavia, este “controlo das relações” só se justifica quando é exercido para assegurar a proteção da segurança e saúde do menor, tendo necessariamente, de ser adaptado conforme a maturidade deste (art.º 1878 n.º 2 do Código Civil).

É assim essencial, para que os progenitores sejam bem sucedidos na tarefa de zelar pela saúde do menor, que os poderes-deveres de guarda e vigilância, supra identificados, sejam assegurados de forma eficaz. O poder-dever de vigilância é especialmente importante quando nos referimos à saúde das crianças, já que muitas não têm a capacidade ou o discernimento necessários para se queixarem, ou mesmo que o tenham, na maioria das vezes não sabem em concreto o que sentem ou o que lhes dói, sendo nestas situações que o papel dos progenitores ganha a sua maior importância, já que compete a estes estarem atentos a alterações, por vezes subtis mas relevantes, nos menores, que podem implicar perigo para a saúde dos mesmos²³.

Este dever de vigiar os filhos tem como consequência necessária o dever de os levar a um médico, caso exibam alguma patologia que possa ser associada a uma condição médica, para que possam ser corretamente examinados, diagnosticados e tratados. É também nesta fase que o poder-dever de velar pela saúde do menor ganha preponderância, já que não basta que os progenitores levem o menor a um centro hospitalar, é ainda necessário que sigam as orientações e prescrições médicas, mesmo quando o menor não as queira seguir.

²³ Se o menor deixou de comer, se tem irritações na pele, se tosse, se chora em demasia, todos estes e muitos outros sintomas podem significar que a criança não esteja bem de saúde.

Pensamos aqui no caso típico de uma criança que não quer que lhe seja espetada uma agulha ou não quer tomar um comprimido. Nestas situações os pais têm o poder e o dever de obrigar o filho a sujeitar-se a estes tratamentos, dado que o resultado do dano resultante de forçar a criança a esta ação será sempre menor do que o dano que emergiria da falta de tratamento médico, que poderia ter como derradeira consequência a morte.

O bem jurídico, vida, dos filhos deve assim, com base nestes poderes-deveres, ser protegido pelos pais, que devem atuar sempre no melhor interesse dos menores, colocando a sua integridade física acima de qualquer convicção, pessoal ou religiosa.

— CAPÍTULO II —

O Dever de Garante e a Conduta Omissiva

De modo a ser possível responsabilizar penalmente os progenitores pela recusa em conceder ao filho menor os cuidados de saúde necessários e essenciais à manutenção da sua saúde e integridade física é necessário percebermos se esta falta de atuação (omissão) se pode enquadrar normativamente no conjunto das condutas omissivas admitidas em Direito Penal. E caso se verifique ser possível tal enquadramento, em que moldes serão os pais responsabilizados.

1. Conduta Omissiva – Distinção entre Crimes Omissivos Próprios e Impróprios

As condutas omissivas nem sempre foram consideradas para o papel principal na prática de um crime, ocupando um lugar secundário de pouca relevância dado que, na grande maioria das vezes, quando um crime é cometido partimos do pressuposto de que estamos perante um comportamento ativo de certo indivíduo, tendo o agente praticado uma ação que atenta contra um bem jurídico penalmente protegido. Porém, nem sempre estes comportamentos indesejados são praticados através de uma ação, por vezes, também ocorrem mediante a não realização de um comportamento que o agente devia e podia ter realizado de forma que certo resultado danoso não se cumprisse. Nestes casos estamos perante condutas omissivas.

GEORGE FLETCHER, de uma maneira simplificada, mas bastante elucidativa utiliza uma metáfora para explicar a importância da omissão, “a falta de rega de uma planta, quando o contrário é o razoavelmente esperado, pode «causar» que a planta morra”.²⁴ Ora, é exatamente isso que acontece quando estamos perante uma conduta omissiva. Se o indivíduo que tem o ónus de praticar certa conduta de forma a evitar um resultado danoso, não a realiza, poderá potenciar o perigo existente para a vítima, tendo como derradeira consequência a sua morte.

²⁴ FLETCHER, George P., “Basic Concepts of Criminal Law”, New York - Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 47.

Deste modo, é possível afirmar que dentro do conceito amplo de ação encontra-se a ação em sentido estrito que consiste num *facere* (atuação positiva) e, por outro lado, em oposição, a omissão que consiste num *non facere* (atuação negativa).

É, assim, possível caracterizar a omissão como “(...) uma conduta negativa, um *non facere* relevante para o direito penal, porque atinge um bem jurídico tutelado. A verdadeira essência da omissão está em não se ter agido da forma que a lei impõe para proteger o bem jurídico e em razão dessa falta de ação ofender-se (por lesão ou perigo de lesão) o bem jurídico”.²⁵

Através desta análise podemos constatar que são elementos do facto omissivo: a não realização de um dever imposto pela lei; a identificação do dever que impõe a realização da ação; a determinação do sujeito obrigado ao cumprimento do dever; a capacidade física do sujeito obrigado à realização da ação cumpridora do dever jurídico que sobre ele recai e, por último o agente pode praticar a conduta com dolo ou negligência. O primeiro pressupõe que o indivíduo conhece as circunstâncias que lhe impõem o dever, e o seu conteúdo e voluntariedade em não o cumprir, enquanto que na segunda atuação o agente podia ter conhecimento desse dever e cumpri-lo, contudo, não atuou, no caso, com o cuidado devido, manifestando negligência²⁶.

As condutas omissivas penalmente relevantes dividem-se em dois grupos: os crimes omissivos próprios ou puros e os crimes omissivos impróprios ou impuros, também designados de comissão por omissão.

Seguindo a orientação da doutrina defendida por FIGUEIREDO DIAS²⁷, quando estamos perante crimes de omissão pura (de mera atividade), na grande maioria das vezes, a situação típica geradora do dever de agir, assim como o seu conteúdo, encontram-se expressos na letra da lei. Contudo, não é tipicamente relevante saber se alguém acabou ou não por sofrer os danos descritos na norma. Ou seja, a omissão da conduta devida lesa ou põe em perigo o bem jurídico tutelado

²⁵ SILVA, Germano Marques da, “Direito Penal Português: Teoria do Crime”, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, p.64.

²⁶Idem, p. 65.

²⁷ A tentativa de distinguir os crimes próprios dos impróprios levou a que se desenvolvessem diferentes critérios que procedessem de forma eficaz a esta distinção, são eles o critério normológico, o critério tipológico ou formal, e o critério tradicional ou de resultado. Iremos seguir a orientação sustentada por FIGUEIREDO DIAS que se identifica com o critério formal, pelo que continuaremos o nosso estudo baseando o mesmo nas considerações que este retira das condutas omissivas.

pela norma, não exigindo, porém, a lei a produção de qualquer resultado lesivo para que o sujeito incorra em responsabilidade penal.

A segunda categoria, respeitante aos crimes omissivos impróprios, caracteriza-se também por uma abstenção de agir, todavia distinta das condutas omissivas puras dado que estes não se encontram descritos num tipo legal de crime, sendo por isso essencial e indispensável o recurso à cláusula de equiparação presente no artigo 10º n.º 1 do Código Penal. Deste modo, constituem exemplos deste tipo de crimes todo e qualquer tipo legal de crime descrito na lei como crime de ação, desde que ele compreenda um certo resultado, tais como o homicídio, ofensa à integridade física, burla, ...

A condição da equiparação alarga assim a incriminação dos crimes comissivos de resultado, aos comportamentos omissivos pelo que, podemos considerar que o art.º 10.º funciona como uma norma acessória extensiva das normas incriminadoras deste tipo de ilícitos, equiparando normativamente a ação dos crimes comissivos por ação à omissão.

Assim, é possível caracterizar os crimes omissivos impuros em três pontos fulcrais: o primeiro refere a existência de uma ausência de ação, tendo o agente capacidade fática para a sua realização²⁸, o segundo consistirá num nexo causal entre a omissão da ação adequada a evitar o facto danoso e o conhecimento ou cognoscibilidade do agente para evitar esse perigo de lesão²⁹ e, por último, a constatação de uma dever de garante³⁰.

²⁸ A capacidade fática do agente na omissão impura corresponde à capacidade necessária para a realização dos crimes por ação, conseqüentemente ficam desde logo excluídos os casos em que o agente não possua características físicas ou mentais, nem os conhecimentos ou instrumentos que lhe possibilitam evitar a concretização do perigo de lesão. O agente fica ainda excluído da capacidade fática de ação quando a conduta de auxílio implica um risco grave para a vida ou integridade física do omitente, consistindo para TAIPA DE CARVALHO, este o limite absoluto ao dever de solidariedade. Contudo, não fica isento se, caso exista a possibilidade, não recorre a terceiros com as capacidades e conhecimentos adequados a evitar o resultado lesivo. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 3ª edição atualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, p.121.

²⁹ Idem, p. 46. O nexo causal hipotético consiste na possibilidade do agente “desencadear um processo causal idóneo para evitar a concretização do perigo em lesão (“ação adequada a evitar o resultado”, diz o artigoº, n.º 1), sendo essa possibilidade conhecida ou cognoscível do agente”.

³⁰ Ibidem. A existência do dever de garante é um dos elementos essenciais para que a conduta omissiva (impura) do agente possa ser penalmente relevante. Este dever pressupõe a presença de uma relação de dependência entre o garante e o beneficiário, no sentido de que o obrigado ao dever necessita de atuar de modo a evitar a concretização de perigos que se traduzem em lesões para o bem jurídico do garantido. É possível agrupar as fontes do dever de garante em quatro grupos: os deveres familiares; os deveres contratuais, profissionais ou funcionais; os deveres de proprietário, possuidor ou detentor de coisas móveis ou imóveis e a ingerência.

De acordo com FIGUEIREDO DIAS e GERMANO MARQUES DA SILVA o fundamento da punição nos crimes omissivos impróprios tem duas possíveis justificações, ou “reside na relação fáctica de proximidade existencial entre o omitente e certas pessoas ou na relação de domínio fáctico do omitente sobre certas fontes de perigo”³¹. Ou seja, podemos afirmar que o dever de garante que serve de base legal para a inclusão da incriminação do sujeito na categoria dos crimes omissivos impróprios, baseia-se na existência de uma posição que onera o agente com determinados deveres e responsabilidades para com determinada pessoa, ou um determinado grupo de pessoas.

2. Crimes Omissivos Impróprios

Centramo-nos agora no universo referente aos crimes omissivos impróprios, dado que só através desta modalidade será possível imputar responsabilidades criminais aos progenitores pela falta de atuação na salvaguarda da vida e integridade física dos filhos.

i. Equiparação da Ação à Omissão nos Crimes Impróprios

Certos tipos de crimes, legalmente descritos como crimes de comissão por ação, também podem ser praticados através de comportamentos omissivos, todavia a justificação para esta equiparação nem sempre foi pacífica, levando a inúmeras teorias e doutrinas. EDUARDO CORREIA adotando um fundamento político-criminal defendia que “da norma que quer evitar um resultado nasce, pois, para todos, não só o dever de evitar as atividades que o produzem, mas também o comando de levar a cabo todas as atividades que obstem à sua produção”³², ou seja, quando uma norma legal impede a proibição de um resultado, implica tanto as ações que produzem o crime, como as omissões que o deixam ter lugar.

³¹Idem, p.120.

³² CORREIA, Eduardo, “Direito criminal”, Tomo I, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2001, p. 271.

Para FIGUEIREDO DIAS a base desta equiparação residiria também nesta proposição político-criminal. Contudo, considerava que a sua aplicação assumia alguns desafios, dado que por um lado a ordem jurídico-penal não pode passar sem esta equiparação da comissão por omissão à ação, mas por outro uma equiparação total ou “só de princípio e à partida” levaria a constantes intromissões na esfera jurídica dos cidadãos, elevando a existência de comportamentos criminalizáveis a níveis insuportáveis.

Deste modo, o autor defende que o fundamento deverá residir no “de se lograr seguramente a conclusão, através de uma autónoma valoração da ilicitude, que, relativamente a um certo tipo de ilícito, o desvalor da omissão corresponde no essencial ao desvalor da ação. Esse será o caso (...) quando, e apenas quando, sobre o agente recai um dever de evitar activa ou positivamente a realização típica (...) de obstar à verificação do resultado típico – dito abreviadamente dever de garantia ou dever de garante -, apesar de um tal dever se não encontrar referido na descrição típica.”³³.

De forma simplificada quer o professor dizer que o fundamento da equiparação neste tipo de crimes depende da conjugação em um sentido único de ilicitude de dois fatores, a referida cláusula de equiparação prevista no n.º 1 do art.º 10.º do Código Penal e da verificação do dever de garante fixado no art.º 10.º, n.º 2 do mesmo diploma. Pelo que, só se poderá recorrer ao princípio da correspondência, se e quando o resultado tiver sido produzido, por omissão, sob a forma tipicamente exigida pelo delito de ação. O que dependerá em última análise de uma correta interpretação teleológica do tipo de ilícito de ação, de forma a sermos capazes de evitar transformar as omissões impuras num condescendente instrumento nas mãos de quem detém o poder.

Desta forma, a equiparação entre a comissão por ação e a omissão impura será compatível com o princípio da legalidade, desde que se alcance uma determinação rigorosa dos deveres de garantia, com um catálogo o mais estrito e determinado possível, impossibilitando por completo a entrada de cláusulas gerais e ao mesmo tempo não permitindo uma exagerada funcionalização deste mesmo

³³ DIAS, Jorge Figueiredo, “Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, a Teoria Geral do Crime”, Tomo I, 2ª Edição, 2ª Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p.920.

catálogo referente aos deveres de garante, de forma a ser possível criar um equilíbrio na aplicação das condutas omissivas impuras.

ii. Tipo de Ilícito Objetivo nos Crimes Impróprios de Omissão

A situação típica, neste tipo de crimes omissivos, por força da cláusula de equiparação prevista no art.º 10º do Código Penal, traduz-se na criação de um risco de verificação de um resultado típico, desde que o risco ocorra ou seja potenciado por força da omissão.

Dentro do tipo objetivo insere-se, como elemento essencial, a ausência da ação esperada. Ora, como as omissões impuras são equiparadas à ação (por força do art.º 10º do CP), a ação esperada resulta, na falta de menção legal, daquilo que segundo a situação típica é necessário para impedir a verificação do resultado típico.

Para que a omissão seja típica é ainda necessária a possibilidade do omissor realizar a ação esperada. Auxiliando-nos do n.º 2 do art.º 10º do Código Penal é possível deduzir que apenas será devido tal comportamento quando sobre o omissor recaia um dever que pessoalmente o obrigue a evitar o resultado. A punibilidade está assim dependente da verificação desta capacidade fática individual de ação.

Contudo, mesmo nos casos em que sobre certo individuo recai este tipo de dever, existem situações em que o mesmo não se encontra obrigado a atuar, não incorrendo em responsabilidade penal. São exemplos típicos, o caso de falta de capacidade física de ação ou de impossibilidade derivada da distância física, assim como a incapacidade técnica, da falta de conhecimentos e de meios de auxílio.

Não é exigível do pai que se encontra no Porto que vá ajudar o filho que lhe liga de Lisboa. Contudo, caso o pai saiba a localização exata do mesmo tem a obrigação de ligar para os serviços de emergência de forma a que o filho possa ser auxiliado. O mesmo acontece na situação em que a criança caia de bicicleta e fique com uma fratura exposta, a mãe, professora, não tem os conhecimentos técnicos necessários para auxiliar o filho, pelo que não lhe é exigível que trate da fratura. Porém já lhe é imposto que procure ajuda com a maior brevidade possível (por

exemplo levando o filho a um hospital ou chamando o 112), dado que esta é uma ação que é capaz de realizar.

É assim possível concluir que a capacidade ou não de agir, assim como a responsabilização pela eventual omissão dependerá sempre da situação típica.

Chegados a este ponto é necessário intensificar a questão relativa à imputação objetiva do resultado típico à omissão. Esta só pode ser solucionada através da apelidada “conexão do risco”, em que “a ação esperada ou devida deve ser uma tal que teria diminuído o risco de verificação do resultado típico”³⁴.

A posição propugnada por ROXIN, defende que o resultado não será imputável ao omitente se a diminuição do risco só aparece como possível perante uma perspectiva *ex ante*. Contudo já o será se, segundo uma consideração *ex post*, se comprovar que a diminuição se tinha efetivamente comprovado. FIGUEIREDO DIAS concorda, em parte, com esta tese. Porém refere que “em nada deve ser abalado o argumento da força preventiva que deve atribuir-se aos deveres de actuar”³⁵, dado que estes tipicamente não visam impedir o resultado, o que pretendem é diminuir a probabilidade da ocorrência do mesmo.

Seguindo esta linha lógica, nos casos em que os progenitores têm a percepção de que o filho se encontra doente, partindo de um juízo *ex ante*, torna-se evidente como comportamento a adotar o chamamento de um médico ou a deslocação do menor até um centro hospitalar.

Todavia, questiona-se se os progenitores optam por nada fazer, omitindo o dever a que estavam adstritos, vindo o menor a falecer. Neste caso se os pais tivessem praticado alguma das ações atrás referidas, o resultado morte da vítima, no momento e circunstâncias em que ocorreu, poderia com grande probabilidade de certeza ter sido evitado. Ou seja, “o cumprimento do dever teria determinado a diminuição do risco e o resultado típico deve considerar-se objectivamente imputável”³⁶.

Só não assim será nos casos em que, segundo uma consideração *ex post* se comprove que o comportamento ilícito não teria servido para evitar o resultado morte ou se persistirem sérias dúvidas da relação entre o comportamento omissivo e o resultado. Pelo que o nexos de imputação objetiva não deve ser afirmado nestes

³⁴ Ob. Cit. DIAS, Jorge Figueiredo, “Direito Penal...”, p.930.

³⁵ Idem, p. 932.

³⁶ Ibidem.

casos, tendo a omissão de ser valorada a favor do omitente por aplicação do princípio do *in dúbio pro reo*.

iii. Subordinação das Responsabilidades Parentais ao Dever de Garante

Nos crimes impuros de omissão a imputação objetiva do resultado só pode ser aplicada ao indivíduo sobre o qual recaia “um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado” (art.10º, n.º2 do CP) e através deste dever o agente passa a ter na sua esfera jurídica uma posição de garante da não verificação do resultado típico.

A questão que aqui releva para a nossa dissertação respeita no facto de saber se os progenitores são titulares deste dever de garante e em caso afirmativo em que medida é que o mesmo se relaciona com as Responsabilidades Parentais. Contudo antes de conseguirmos chegar a uma conclusão em relação a esta questão, é essencial perceber em que situações é que estes deveres de garantia são jurídico-penalmente relevantes, tendo sempre como norte o respeito pelas exigências constitucionais do art.º 29.º n.º 3 da Constituição da República Portuguesa, relativas à determinabilidade, certeza e segurança jurídicas.

A posição de garante assenta em três pressupostos imperiosos, o primeiro refere que “o dever jurídico significa dever que tem de assentar numa “relação de confiança” suscetível de produzir efeitos jurídicos”³⁷, o segundo, que este dever jurídico que pessoalmente obriga o garante significa que se tratam de “concretos deveres que ligam o garante à proteção de bens jurídicos determinados ou à fiscalização de fontes de perigo igualmente determinadas”³⁸ e, por último “a obrigação de evitar o resultado (art.10.º-2) é só uma forma de referir (...) a obrigação de levar a cabo “a ação adequada a evitar o resultado” (10.º-1)”³⁹.

³⁷ Idem, p.933.

³⁸ Idem, p.934.

³⁹ Ibidem.

Tentando dar solução aos desafios que a existência de uma posição de garante acarreta, várias foram as concepções teorizadas⁴⁰ ao longo dos anos sobre o tipo e modo da sua aplicação.

A tese seguida pela maioria da doutrina portuguesa é denominada de Teoria Material-Formal.

Difundida por FIGUEIREDO DIAS, preconiza conciliar as vantagens das teorias anteriormente explanadas, mantendo uma valoração material assente numa relação fática de confiança aquando da determinação do dever de garante. Porém, não prescindindo por completo dos trâmites formais. Desta forma, evita o excessivo alargamento das posições de garante e as limitações que estas impõem à liberdade de cada indivíduo, ao mesmo tempo que respeita a determinabilidade exigida em Direito Penal.

O autor procede a uma classificação dos deveres jurídicos de garante dividindo-os em dois blocos. São eles: os deveres de vigilância e segurança de uma fonte de perigo e os deveres de assistência e proteção de um bem jurídico.

Estas categorias por sua vez subdividem-se. No que concerne à primeira classe de deveres, esta incorpora, o dever de fiscalização de uma fonte de perigo⁴¹;

⁴⁰ De forma a tentar dar solução às questões que emergem da existência de uma posição de garante, foram três as teorias que dominaram a Doutrina ao longo dos anos. São elas, a Teoria Formal, a Teoria das Funções e a Teoria Material-Formal. Iremos seguir a orientação sustentada pela última teoria dado que foi esta a que mereceu maior acolhimento por parte da Doutrina portuguesa.

⁴¹ O caso típico deste tipo de deveres são as entidades patronais detentores de estabelecimentos comerciais ou industriais, dado que, “quem domina uma fonte de riscos determináveis dentro de um âmbito de atuação objectivável deve actuar no sentido do afastamento ou da minimização dos perigos que daquela resultam tanto para o exterior (...), como para o interior, quando terceiros nela penetrem”. Também sobre o produtor recai um dever de garante (responsabilidade sobre o produto), dado que tem um dever de fiscalização conducente a evitar situações, mesmo só potencialmente, lesivas de bens jurídicos do consumidor.

Contudo, o dever de vigilância e o conseqüente dever de atuação de eliminação ou minimização do perigo devem cessar quando um terceiro, por casualidade ou ilicitamente, penetra o âmbito do domínio do gerente, tendo este atuado com todas as precauções possíveis com vista à não realização do resultado danoso. Ob. Cit. DIAS, Jorge Figueiredo, “Direito Penal ...”, pp. 946-948.

o dever de garante face à atuação de terceiros⁴² e o dever de obstar à verificação de um resultado por força de ação anterior perigosa, também apelidado de ingerência⁴³.

No que respeita à categoria dos deveres de proteção de um bem jurídico, também esta pode ser dividida em três subcategorias. A primeira, comunidades de vida e de perigo⁴⁴, a segunda, assunção de funções de guarda e assistência⁴⁵ e por último, as relações de proteção familiares e análogas. Ora, é precisamente neste último grupo que nos iremos centrar, já que é aqui que as relações entre pais e filhos assumem a sua maior preponderância.

Nestes casos estamos perante vínculos de tal importância que por força da existência de deveres de proteção e assistência, originam um dever de garante para um indivíduo sempre que estejam em perigo bens jurídicos pessoais relativos ao outro.

⁴² São estes os casos em que o Princípio da Autorresponsabilização deve ceder face a certas situações especiais que levam à existência de um dever de garante. Estas situações podem ocorrer por (i) o caso em que um terceiro, ou não é responsável ou tem a sua responsabilidade limitada ou diminuída - são as situações entre pais e filhos, em que aqueles têm, não só uma posição de garante de proteção e assistência como também, o dever de vigilância e segurança face aos menores (entendidos aqui como fonte de perigo), sendo responsáveis por eles, evitando assim que os mesmos cometam crimes. Outras situações são os casos dos professores de indivíduos menores ou instrutores.

(ii) situações de autoridade *versus* subordinação - em que determinadas pessoas estão especialmente oneradas com a obrigação de vigiar a atuação de terceiros por atuarem no seio de um serviço ou de uma atividade organizada, é o caso das forças armadas e autoridades policiais. (iii) em organizações quando certas pessoas estejam incumbidas de fiscalizar ou dirigir determinada atividade - é o caso dos titulares de órgãos de pessoas coletivas privadas, especificamente os administradores e demais entidades gestoras que têm um dever de garante caso estejam incumbidos de funções de vigilância, supervisão ou controlo, face à atuação de terceiros, sendo também responsáveis por factos ilícitos cometidos pelos seus funcionários. *Ibidem*, pp. 949-950.

⁴³ Tem o dever de garante quem cria um perigo suscetível de afetar terceiros, através da vigilância desse mesmo perigo de forma a que este não se venha a concretizar num resultado típico. Para que o perigo possa desencadear a responsabilidade do agente, o facto prévio pode ser uma ação ou uma omissão violadora de um dever, cujo resultado poderá ser objetivamente imputável ao incumprimento do dever de garante por parte do agente, sendo que a criação do perigo deve ser por si só objetivamente ilícita. *Idem*, pp. 940-950.

⁴⁴ São os casos em que duas pessoas partilham uma habitação existindo apenas um laço de afeto/proximidade ou entre os membros de um grupo que decidem participar em igualdade de circunstâncias num empreendimento perigoso, sendo sempre essencial que existam relações de confiança e dependência entre os indivíduos. CUNHA, José Damião da, “Algumas reflexões sobre a omissão imprópria no sistema penal português”, In: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias/org. Manuel da Costa Andrade*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 536.

⁴⁵ Assenta na existência de uma relação de confiança, no facto de existir um sujeito que necessita de proteção e por isso deposita a sua confiança no garante, sujeitando-se por vezes a maiores riscos ou a abdicar de proteções adicionais. É o exemplo do médico e do professor substituto. Estão ainda abrangidos por esta categoria as autoridades e os funcionários policiais, os ministros ou os diretores gerais de entidades públicas, aos quais é confiado, de forma imediata, um dever de garante face a um bem jurídico concreto de terceiros. *Ob. cit.*, DIAS, Jorge de Figueiredo, “Direito Penal ...”, pp. 941-943.

Para a nossa investigação será relevante o dever que recai sobre os progenitores na salvaguarda dos bens jurídico - vida e integridade física - do filho menor, já que este ainda se encontra num estado de evolução onde é incapaz de possuir o discernimento necessário de modo a adotar os comportamentos e a tomar as decisões que melhor servem os seus interesses.

O dever subsiste, ainda que atenuado, mesmo na ausência física dos pais. Este só cessa ou atenua-se juridicamente quando o filho abandona o âmbito de proteção dos pais ou quando estes se divorciam e as responsabilidades com a segurança e assistência do filho ficam a cargo de um deles.

Por conseguinte, é possível concretizar que sobre os progenitores recai um conjunto de poderes-deveres que constituem condição essencial para o papel que desempenham perante os filhos, e que tem como consequência necessária e basililar a existência de um dever de garante de forma a assegurar que os menores não serão um perigo, nem para si próprios, nem para a sociedade que os rodeia.

Em conformidade com o que foi explanado anteriormente, caso um progenitor (ou os dois) viole estes poderes-deveres, no que aqui concerne, o poder-dever de velar pela saúde do menor, criando assim um perigo para a criança, terá de assumir o risco da produção do resultado danoso sobre a pessoa que devia proteger.

iv. Tipo de Ilícito Subjetivo nos Crimes Impróprios de Omissão

Chegados a este ponto é possível inferir que os progenitores, quando se recusam a providenciar ao menor os tratamentos médicos essenciais à manutenção da sua integridade física e vida, podem ser responsabilizados pela prática de crimes omissivos impuros. Sendo necessário para que esta responsabilização ocorra a utilização da cláusula de equiparação prevista no art.º 10 do Código Penal. Esta cláusula permite que os comportamentos que se traduzam na criação ou potencialização de um risco, através da conduta omissiva, e que tenham sido produzidos sob a forma tipicamente exigida para o delito de ação correspondente, possam ser punidos a título de omissão (impura). Contudo, é ainda essencial que

sobre os pais recaia um dever de garante sobre a pessoa do filho, o que também se verifica.

Pelo que, iremos, de seguida, analisar vários cenários de condutas que de alguma forma expressam uma omissão dos cuidados (médicos) devidos aos filhos, e enquadrá-los conforme o tipo de ilícito, dolo ou negligência.

a. Tipo de Ilícito Doloso

Para que o omitente preencha o tipo objetivo do dolo é necessário que este conheça, através da sua consciência intencional, a situação típica e omita ativamente a ação imposta, conformando-se por completo com a possibilidade do evento danoso se verificar. Como nos estamos a referir a relações que implicam uma posição de garante, torna-se ainda necessário, para que se verifique uma atuação com dolo, que o agente represente corretamente os “encargos” que a posição de garante acarreta.

É o caso do progenitor que ao ver o filho enfermo, a padecer com febres altas e vômitos ensanguentados, e sabendo que sobre a sua pessoa recai um especial dever de cuidado perante a criança, decorrente do facto de ser seu filho e de não possuir autonomia para tomar as suas próprias decisões, decide não intervir com o propósito de que ocorra a morte da criança.

Outro exemplo será a situação em que a mãe, que sabe que sobre ela recai um dever de garante em relação ao filho bebé, se apercebe que o mesmo está com dificuldades respiratórias por ter engolido um brinquedo e decide nada fazer continuando a sua vida, plenamente conformada com a possibilidade que representou, de o bebé morrer sufocado.

Neste tipo de casos o conhecimento e a vontade comprovam-se e decidem-se com uma segurança muito similar à que ocorreria nos delitos de ação correspondentes. Utilizando as palavras de FIGUEIREDO DIAS “o dolo do tipo (...) supõe uma decisão de lesão possível do bem jurídico, que se traduz em o agente ter atuado apesar de contar seriamente com a possibilidade de realização típica como consequência do seu comportamento, assim se conformando com esta.”⁴⁶

⁴⁶ Ob. Cit. DIAS, Jorge Figueiredo, “Direito Penal...”, p. 956.

Neste sentido também TERESA QUINTELA DE BRITO quando defende que “o garante, ao recusar-se conscientemente a intervir num determinado curso causal, isto é, ao não exercer o seu impeditivo poder de conformação, está, simultaneamente, a configurar, de modo positivo, esse acontecimento, na medida em que voluntariamente assegura uma evolução da situação de perigo para o bem jurídico, até à respectiva lesão.”⁴⁷

Nos casos analisados os progenitores detinham uma posição de garante sobre o menor e por isso tinham o dever de adotar o comportamento que minimizasse ou excluísse o perigo existente para a integridade física e vida da criança. Apesar de terem perfeito conhecimento desta “responsabilidade” decidem deliberadamente nada fazer, potenciando o perigo para a vida dos menores, ao não atuarem em conformidade com as suas obrigações de garantes dos melhores interesses dos filhos.

Deste modo, e por todo o exposto, devem os pais, em ambos os casos, ser responsabilizados a título de homicídio por omissão, dado que “é um poder-dever dos pais protegerem os seus filhos menores - portanto, de verdadeira prevenção quanto à sua pessoa. Têm assim o dever (penal) de assegurar bens jurídicos fundamentais (vida e integridade física) dos seus filhos (...)”⁴⁸. Algo que não se verificou, *in casu*, dado que os mesmos decidiram deliberadamente não proceder com a diligência a que estavam adstritos, tendo sido a sua falta de atuação que potenciou de forma exponencial o resultado morte.

b. Tipo de Ilícito Negligente

No que concerne aos crimes de omissão impróprios praticados a título de negligência, estes existirão sempre que seja possível uma equiparação da omissão à ação, nas condições já analisadas anteriormente, e que na punição da ação esteja expressamente prevista a punição a título de negligência.

A estrutura típica da negligência nos crimes de omissão, apesar de ser na sua grande parte similar à que se observa nos crimes de ação pode possuir certas

⁴⁷ BRITO, Teresa Quintela de, “A Tentativa nos Crimes Comissivos por Omissão: Um Problema de Delimitação da Conduta Típica”, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 24.

⁴⁸ *Idem*, p. 510.

individualizações, dado que pode ocorrer por: “violação do cuidado objectivamente necessário, ou derivou de o garante não se ter apercebido, ou não se ter apercebido corretamente da situação típica (portanto do perigo que obrigava à sua intervenção ativa), ou de ele ter errado sobre a sua possibilidade individual de ação, ou de se não ter representado a sua posição de garante, ou de ter levado a cabo defeituosamente a ação (de socorro) devida.”⁴⁹

No que se refere especificamente ao caso dos progenitores, para que estes possam ser responsabilizados, a título de negligência, basta a cognoscibilidade da existência da posição de garante conjugada com um dos comportamentos individualizados anteriormente. Dado que, nos casos em que existe esta posição da garante, “a violação do dever de cuidado deve referir-se não apenas à realização do tipo, mas também aos perigos de onde aquela realização pode resultar”⁵⁰.

Exemplo de uma conduta negligente, são os pais que ao se aperceberem que o filho está doente (com falta de ar, sem apetite, ...), mas julgando, erroneamente, que se trata de um simples resfriado não o levam ao hospital. Quando na realidade a criança estava com o vírus Covid-19, acabando por vir a falecer pela falta de cuidados médicos. Podemos afirmar que nesta ocorrência, segundo a experiência comum e a normalidade do acontecer, a posição de garante era cognoscível, tendo os pais violado o cuidado a que objetivamente estavam adstritos por não se terem apercebido corretamente da situação típica, ou seja, do perigo concreto que obrigava à sua intervenção ativa, que neste se poderia traduzir em atuações alternativas, quer fosse levar o menor ao médico, ligar para uma linha de apoio (tal como a saúde 24) ou fazer um teste rápido ao Covid-19. Qualquer uma destas ações, dados os tempos que vivemos, seriam consideradas como idóneas a evitar o resultado morte, causado pela abstenção de atuação.

⁴⁹ Ob. Cit. DIAS, Jorge Figueiredo, “Direito Penal...”, pp.959 e 960.

⁵⁰ Idem, p.960.

(IR)relevância da oposição dos pais ao tratamento médico dos menores

O terceiro e último capítulo desta dissertação centrar-se-á na análise dos casos em que os progenitores, não obstante terem levado o menor a um serviço de saúde, opõem-se ao tratamento recomendado pelo médico. Estas situações apesar de distintas das analisadas anteriormente, em que os progenitores se recusavam por qualquer meio a levar os menores até um profissional de saúde, em determinados casos também constituem uma ofensa aos deveres de garante que se impõem aos progenitores, sendo necessário assegurar a proteção dos menores.

Nesta esteira e como iremos analisar de seguida, a responsabilidade não tem necessariamente de ser penal, podendo ser social, tendo neste enquadramento que ser equacionada a aplicação de medidas de restrição ou interdição do poder parental, consoante o entendimento do Tribunal face ao caso concreto.

1. Será a vontade dos progenitores soberana?

Como já anteriormente referido, sobre os pais recaem certos poderes-deveres a respeito da pessoa do filho, baseados na existência de Responsabilidades Parentais. Cabe sempre aos pais atuar de forma a zelar pela salvaguarda da saúde do menor, priorizando-a independentemente das suas convicções pessoais.

Esta responsabilidade que recai sobre os pais deriva essencialmente da reduzida idade dos menores e conseqüentemente pela sua falta de autonomização, bem como pelo facto de ainda não possuírem o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance que uma decisão sobre o seu bem jurídico - vida - pode acarretar, já que para uma correta e informada decisão é necessário que sejam capazes de analisar e perceber em que consiste a intervenção médica a que vão ser expostos, o modo como se irá processar, as conseqüências e riscos que acarreta e ainda os efeitos de uma eventual recusa do tratamento⁵¹. Deste modo e como

⁵¹SANTOS, Teixeira dos, “Do Consentimento dos Menores para a Realização de Atos Médicos Terapêuticos”, in Revista do Ministério Público, 118, Abril/Junho, Ano 30, 2009, pp. 123-155.

consequência destes factos, a titularidade do consentimento referente a certo tratamento médico pertence aos seus representantes legais.

Mas quererá a letra da lei significar que a vontade dos progenitores será sempre soberana e como tal prevalecerá em todas as situações referentes à saúde e integridade física do menor?

Vejamos. Torna-se imperioso perceber, nos casos em que os pais não autorizam certo tratamento necessário e imprescindível ao menor, qual a melhor forma de o interesse deste estar protegido e salvaguardado de agressões aos seus bens jurídicos pessoais - uma vez que aquelas agressões advêm de quem mais os deveria proteger, os seus pais.

É neste ponto que os profissionais de saúde, em especial os médicos, têm um papel fundamental na salvaguarda dos melhores interesses do menor.

Mas quando é que os médicos podem intervir no sentido inverso àquele que foi exteriorizado pelos progenitores, sem incorrerem em responsabilidade jurídico-penal?

Nos casos em que o menor não tem capacidade para consentir sobre quais os tratamentos médicos que lhe devem ser aplicados, são os progenitores que devem tomar esta decisão. Contudo, é necessário ressaltar que “onde o interesse do menor deixa de existir, deixa de existir também legitimidade para o exercício do poder paternal”⁵².

Tal como já foi referido anteriormente, os menores encontram-se sujeitos ao poder parental pelo que, correlativamente, sobre os progenitores recai o “poder-dever de «velar pela saúde» dos seus filhos (art.º 1878.º/1 do CC)”⁵³. Este poder-dever significa não apenas que os progenitores têm o poder de se substituir aos filhos para a prática de atos jurídicos, mas também que existe um dever de cuidado e proteção dos superiores interesses dos menores. Este ónus, funciona como um dever de garante que recai sobre os progenitores, dado estarem em causa relações fáticas de enorme importância, baseadas na confiança, solidariedade e dependência,

⁵² FARIA, Maria Paula Ribeiro de, “A «lei do sangue» - ou o conflito entre o respeito pela autonomia da pessoa e a defesa da vida e da integridade física”, in *Revista de Direito e Justiça*, Vol. XII, Tomo I, 1998, p. 268.

⁵³ OLIVEIRA, Guilherme de, “Temas de Direito da Medicina”, 2ª Edição Aumentada, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pág. 239.

que implicam um dever de proteção quando estejam em perigo bens jurídicos pessoais relativos ao menor.

O problema surge quando os sujeitos sobre quem recai o dever de garante, decidem não autorizar um tratamento médico essencial para a vida e/ou integridade física do menor.

i. Atuação Urgente e Imprescindível à Vida do Menor

Deverá o médico que careca de consentimento por parte dos progenitores e que não tenha pedido uma autorização especial ao Tribunal (ou esta ainda não tenha sido decretada), ser responsabilizado penalmente pela prática de tratamentos médicos ao menor, através da aplicação do art.º 156.º do Código Penal referente às intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários?

Certas situações de carácter urgente possibilitam a intervenção médica mesmo que ocorram sem as autorizações referidas no parágrafo anterior.

Para que o médico não possa ser responsabilizado penalmente é necessário que a vida do menor esteja em risco e se imponha uma atuação imediata sem a qual as hipóteses de sobrevivência da criança sejam quase nulas. O exemplo paradigmático deste tipo de situações respeita às Testemunhas de Jeová, no que concerne às transfusões de sangue.⁵⁴

Vejam os. Um menor que é levado ao hospital pelos progenitores e após observação o médico pede o consentimento dos pais, Testemunhas de Jeová, para a realização de uma transfusão de sangue e estes recusam. Contudo, o médico decide proceder à transfusão, mesmo contra a vontade dos pais e sem que tenha pedido uma autorização especial ao Tribunal, por se tratar de um caso urgente. A falta de uma atuação imediata, poderia ter como consequência a morte do menor.

⁵⁴ As testemunhas de Jeová consideram que a bíblia proíbe a ingestão de sangue, sendo por isso contra a ordem divina. O Parecer 46/CNECV/05, respeitante à objeção ao uso de sangue e derivados para fins terapêuticos por motivos religiosos, estabelece que a recusa será válida, em virtude de convicções religiosas, quando efetuada por um adulto. Contudo, este parecer não reconhece competência aos menores para tomarem tal decisão. Anexo I.

Poderá este médico ser responsabilizado com recurso ao art.º 156º do Código Penal?

A *ratio* da existência deste artigo reside no facto de se pretender proteger o bem jurídico relativo à autodeterminação do paciente. Porém, nos casos em que o médico atua sem o consentimento dos pais, não é o bem jurídico do menor que é posto em causa, dado que a autonomia dos representantes legais, assim como as suas convicções ou os seus credos não são aqueles que a norma pretende proteger (mas sim os do menor).

Não podem assim as convicções religiosas dos pais, que neste caso se traduziram na recusa de consentimento, servir para fundamentar a aplicação de uma sanção penal ao médico. Assim como também não será possível provar a adesão do menor às convicções religiosas dos progenitores e dessa forma culpabilizar o médico por uma lesão à autodeterminação do menor.

Na perspetiva do menor, a intervenção realizada pelo médico consiste no único meio para lhe salvar a vida. Desta forma, é perceptível que “as convicções dos detentores do poder paternal apontam num sentido claramente desfavorável aos interesses do representado”⁵⁵, dado que não autorizaram a transfusão. Estamos assim perante “o exercício de um direito fora do seu fim, claramente contrário aos direitos do menor”⁵⁶.

Constituindo condição essencial para o cumprimento do bom exercício do Poder Parental é o facto de este ser exercido no interesse do menor. Ora, a omissão da autorização ao tratamento, que se mostra essencial para a sobrevivência do menor, não cumpre o requisito essencial de ser praticado no melhor interesse deste.

Nestas situações será necessário falar de limites ao direito de representação e da vontade presumida do menor. Esta presunção terá de ser feita como se o menor já tivesse “outra idade (ou capacidade), que lhe permitisse avaliar o “sentido e alcance” da intervenção”⁵⁷. O que significará, seguindo o entendimento de MARIA

⁵⁵ FARIA, Maria Paula Ribeiro de, Ob. cit., p. 270.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “Das omissões ilícitas no exercício da medicina”, in *As novas questões em torno da vida e da morte em direito penal - uma perspetiva integrada*, 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 98.

FERREIRA DA CUNHA⁵⁸ com o qual concordamos integralmente, que atendendo a critérios objetivos é seguro afirmar que na esmagadora maioria dos casos esta decisão presumida será sempre no sentido de preservar a sua vida e integridade física.

Desta forma é possível concluir que o médico que atue dentro dos moldes descritos anteriormente não incorrerá em qualquer responsabilização penal. Esta posição encontra-se sustentada no art.º 8º da CEDH Bio e no Parecer da PGR n.º 8/91, de 16 de Janeiro de 1992, uma vez que estes propugnam pela manutenção da vida do menor, independentemente dos médicos obterem, ou não, atempadamente o consentimento do tribunal. MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA vai mais longe ao afirmar que “(...) o médico não incorrerá no crime de tratamentos médicos arbitrários (...) defendemos mesmo que, nesta situação, se impõe a atuação do médico, enquanto garante do menor, contrariando a vontade dos pais”⁵⁹.

A autora reforça ainda a sua posição, acrescentando o facto de os pais não poderem vir invocar a violação de um direito, dado que a possibilidade de consentir ou não no tratamento ser intransmissível e exclusiva do paciente, por se tratar de um direito à autodeterminação, pessoalíssimo do menor, direito este de que os progenitores não podem dispor, em razão de serem apenas os garantes dos superiores interesses dos filhos, o que *in casu* não se verifica, dado que estão a atuar no sentido contrário ao expectável de um bom *pater familias*.

ii. Atuação Não Urgente, mas Essencial à Vida do Menor

a) Autorização Especial do Tribunal

Quando a situação do menor não se revista de especial urgência, mas seja essencial à sua vida ou integridade física e perante a recusa de consentimento dos pais, relativamente ao tratamento médico recomendado, devem os médicos, recorrer às entidades competentes, conforme consta dos termos do n.º 6 do art.º 46

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Idem, p.95.

do Código Deontológico dos Médicos, de modo que seja aplicada uma medida limitativa das responsabilidades parentais.

Cabe ao Estado, pelas mãos do Ministério Público dar início a este procedimento que, pelas suas características, tem natureza urgente (art.º 92º da LPCJP), e levar a questão à apreciação do tribunal para que este atue em conformidade, dado que, nos termos do n.º 1, art.º 3º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo⁶⁰, o Estado pode e deve intervir sempre que os representantes legais ponham em perigo a saúde do menor, sendo que algumas destas situações de perigo estão, a título não taxativo, elencadas no art.º 3º n.º 2 daquele diploma legal.

De acordo com o artigo 1918.º do Código Civil o tribunal pode decretar certas providências, tais como, confiar o menor a terceira pessoa ou a estabelecimento de assistência. Em casos mais graves, o tribunal pode, e deve, substituir-se à vontade dos pais, decretando a medida provisória de inibição do exercício das responsabilidades parentais, de forma a salvaguardar a proteção imediata da criança - esta solução encontra-se consagrada nos artigos 91.º e 92.º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo⁶¹⁶².

Dada a urgência que a maioria destas situações implica, estamos perante procedimentos bastante céleres, com o objetivo de se garantir uma resposta em tempo útil. Para isso é ainda essencial o papel do médico, a quem incumbe “dar

⁶⁰ Sendo também admissível a aplicação da alínea c do n.º 2 da LPCJP, pelo facto de a recusa dos tratamentos pelos progenitores acarretar a não aplicação dos cuidados de saúde adequados à situação pessoal do menor.

⁶¹ LPCJP, art.º 91º, 1 - *Quando exista perigo atual ou iminente para a vida ou de grave comprometimento da integridade física ou psíquica da criança ou jovem, e na ausência de consentimento dos detentores das responsabilidades parentais ou de quem tenha a guarda de facto, qualquer das entidades referidas no artigo 7.º ou as comissões de proteção tomam as medidas adequadas para a sua proteção imediata e solicitam a intervenção do tribunal ou das entidades policiais.* E art.º 92, 1 - *O tribunal, a requerimento do Ministério Público, quando lhe sejam comunicadas as situações referidas no artigo anterior, profere decisão provisória, no prazo de quarenta e oito horas, confirmando as providências tomadas para a imediata protecção da criança ou do jovem, aplicando qualquer uma das medidas previstas no artigo 35.º ou determinando o que tiver por conveniente relativamente ao destino da criança ou do jovem.*

⁶² Neste ponto queremos apenas destacar que esta “medida provisória”, de provisória nada tem, já que o que se pretende com este procedimento é uma autorização judicial que permita ao médico atuar de acordo com o melhor interesse do menor, a salvaguarda da sua vida. Ora, a partir do momento em que o médico atua, os seus atos já não podem ser “desfeitos” pelo que a aplicação deste termo mostra uma falta de coerência do mesmo face às situações que pretende abranger.

conhecimento dos factos ao Ministério Público, para efeitos de uma limitação do poder paternal que permita a realização da intervenção”.⁶³

Um exemplo⁶⁴ deste tipo de situações ocorreu em Londres, onde um juiz da High Court⁶⁵, atuou contra a vontade dos progenitores. No caso em questão, a mãe, portadora do vírus do HIV, decidiu amamentar o bebé, não sabendo se o mesmo padecia também do vírus ou não. Por esta razão, os serviços sociais intentaram uma ação pedindo em primeiro lugar que o bebé fosse testado de forma a ser possível saber se era portador do vírus, e em caso negativo, que a mãe fosse proibida, pelo tribunal, de amamentar a criança, ou, caso o resultado fosse positivo, que os pais fossem obrigados a aplicar um dos tratamentos disponíveis, à data, de forma a inativar o vírus.

Contudo, o tribunal declarou que não estava em seu poder ordenar à mãe que deixasse de amamentar o seu filho defendendo que “the law cannot come between the baby and the breast”, tendo apenas ordenado que fossem feitos testes na criança de forma a saber se seria HIV positiva. Esta decisão, contra a vontade dos pais, que defendiam que eles é que deveriam decidir o que seria no melhor interesse do seu filho, deveu-se ao facto do juiz advogar que “parents my take decisions about medical interventions on behalf of young children but only if the decision is in the child’s best interests, if not, the court may override their decision and substitute its own, as it has done in a string of cases.”.

⁶³ OLIVEIRA, Guilherme de e PEREIRA, André Dias, “Consentimento Informado”, Compilação do Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2006, pág. 121.

⁶⁴ Outra situação em que a Court of Appeal teve de decidir entre a prevalência da vontade dos progenitores e a salvaguarda do melhor interesse da criança, foi o caso de um menor com síndrome de Down, que necessitava de cirurgia devido a um bloqueio intestinal, o qual se mostraria fatal caso não fosse tratado. Os progenitores opuseram-se à cirurgia defendendo que seria no melhor interesse da criança recusar a mesma já que a esperança média de vida do menor seria de aproximadamente trinta anos. O Tribunal não concordou e decidiu autorizar a cirurgia à revelia dos pais, defendendo que apesar da deficiência, a criança depois da cirurgia poderia ter uma vida normal, dentro dos parâmetro de alguém com aquele síndrome, afirmando que não cabia ao tribunal, e acrescentamos nós, nem aos progenitores, decidir que uma vida nestas circunstâncias não merecia ser vivida, dado que a questão residia no facto de *whether to allow an operation to take place which may result in the child living for 20 or 30 years as a mongoloid or whether (and I think this must be brutally the result) to terminate the life of a mongoloid child because she also has an intestinal complaint*. Vide: FREEMAN, Michael, “Whose Life is it Anyway?”, *Medical Law Review*, 9, Autumn, 2001, pp. 259-280.

⁶⁵ Vide: *British Medical Journal*, “Baby to be tested for HIV against parents wishes”, Vol. 319, 11 Setembro 1999, p. 658.

Esta afirmação propugnada pelo Tribunal vai ao encontro do que tem sido defendido pela maioria da Doutrina Portuguesa, pela qual demonstramos todo o nosso apoio, de que o exercício das Responsabilidades Parentais deve sempre ser exercido no melhor interesse do menor. Os progenitores a partir do momento em que deixam de priorizar o interesse dos filhos devem perder a legitimidade para atuarem em seu nome. Dado que, os representantes devem atuar no interesse e de acordo com a perspectiva do representado e nunca em função da sua perspectiva pessoal. Devendo o Tribunal fazer substituir-se aos pais, concentrando em si o Poder Parental e tomando as decisões necessárias à salvaguarda da vida do menor.

Não obstante o referido anteriormente e por maioria de razão, não podemos concordar com a decisão do Tribunal ao não se pronunciar sobre os restantes pedidos feitos pelos serviços sociais. Dado que, se o que importa é sempre o superior interesse da criança e a salvaguarda da sua integridade física, deveria o Tribunal ter ordenado também a suspensão da amamentação em caso de resultado negativo para o HIV, assim como a obrigação de toma da medicação que atenuasse os efeitos do vírus, caso o resultado fosse positivo.

Só desta forma seria possível assegurar uma plena proteção do superior interesse da criança, que salvaguardasse a sua integridade física e, eventualmente, a própria vida.

Também em Portugal⁶⁶ a via a seguir tem sido a de dar prevalência à salvaguarda da vida e integridade física do menor em detrimento do poder parental. Reflexo desta opção é o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República⁶⁷, aquando do pedido de orientação efetuado pelo Diretor Clínico do Hospital Distrital de Guimarães sobre qual a conduta a adotar nos casos de “recusa dos pais em internarem os filhos menores no Hospital, quando o seu estado de saúde

⁶⁶ O exemplo de um caso em que o Tribunal atuou de forma a proteger os interesses do menor, foi o episódio referente a Safira Íris Mateus Freitas, uma criança de 4 anos a quem, foi detetado um tumor renal raro. O diagnóstico médico concluiu que Íris tinha um tumor renal raro. Contudo, era necessário que antes da operação esta passasse por 4 sessões de quimioterapia. Apesar da relutância dos pais em aceitarem os médicos do IPO efetuaram os tratamentos, tendo de seguida procedido à operação. Porém, para que o tumor ficasse erradicado eram necessárias mais sessões de quimioterapia, sessões estas que os pais imperativamente recusaram. O caso seguiu para Tribunal, onde foi dada uma decisão favorável ao Hospital para que prosseguisse com os tratamentos, já que estes eram essenciais e no melhor interesse da menor. Reportagem completa disponível em <http://sicnoticias.sapo.pt/programas/reportagensic/2011-10-27-safira>.

⁶⁷ Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, parecer n.º 8/91, 1992.

é grave ou então ao pedido de alta quando ainda não curados”. As conclusões retiradas pelo Conselho Consultivo vão no sentido de dar sempre prevalência à proteção do bem jurídico - vida - do menor, afirmando que, “a funcionalização do poder paternal permite compreender que o seu exercício seja controlado e defendido contra os próprios progenitores, através da possibilidade de inibição do poder paternal, e ainda que, quando a segurança, a saúde,(...) de um menor se encontre em perigo e não seja caso de inibição do exercício do poder paternal, pode o tribunal decretar as providências adequadas, designadamente impondo aos pais o dever de submissão às diretrizes (...) médicas de estabelecimento (...) de saúde”.

Não deve assim a posição adotada pelos progenitores, ao recusarem os tratamentos médicos, ser atendida, dado que colide com o que seria expectável no atinente às responsabilidades parentais já que sobre aqueles recai um dever de garante. Acresce o facto de os pais não serem “donos” dos filhos, pelo que não lhes pode ser dada a possibilidade de, nestes casos, decidirem pelo menor, acrescentando ainda o facto de esta manifestação de vontade por parte dos representantes legais implicar um atentado ao melhor interesse do menor.

Nesta linha de raciocínio, é possível concluir que as convicções e crenças dos progenitores, jamais devem e podem prevalecer em detrimento do direito à vida do menor. Devendo o poder parental ser restringido sempre que se verifique que os progenitores não estão a cumprir os deveres-poderes dos quais foram incumbidos, dado que, “a tutela da saúde e da vida do menor ainda tem mais valor do que o exercício do poder parental, de tal modo que aquele valor prevalecerá sempre sobre o papel dos pais”⁶⁸.

b) Sem Autorização Especial do Tribunal

Impõe-se neste momento a questão de saber se os médicos continuam a poder atuar nas situações em que o estado de saúde do menor não se revista de extrema urgência, apesar de ser necessário para a sobrevivência do mesmo, e os representantes legais recusam a intervenção terapêutica e não tenha sido requerida ao Tribunal qualquer autorização (ou este ainda não se tenha pronunciado).

⁶⁸ OLIVEIRA DE, Guilherme, Ob. cit., pág. 245.

Deverá a vontade dos progenitores deixar de prevalecer nestes casos ou terá o profissional de saúde que atuar nestes termos ser responsabilizado por via do art.º 156º do Código Penal, referente aos tratamentos médicos arbitrários?

Como já referido anteriormente o crime presente no art.º 156.º do Código Penal foi elaborado com o objetivo de proteger o paciente de violações do seu direito à autodeterminação e não do seu representante legal. Pelo que não se pode proceder a uma analogia no que se refere à falta de consentimento do paciente, equiparando esta falta de consentimento por parte dos representantes legais com a falta de consentimento do doente e consequentemente responsabilizar o médico penalmente.

Desta forma o médico que atue contra a vontade dos representantes legais do menor, não vê a sua conduta abrangida pelo âmbito de proteção da norma penal, dado que não é a autonomia dos representantes que se pretende proteger, apenas a do paciente. Pelo que fica “afastada a aplicação deste tipo legal em caso de desrespeito pelas determinações dos pais do menor”⁶⁹.

PAULA RIBEIRO DE FARIA equaciona ainda a possibilidade de recorrer a outra norma penal de forma a responsabilizar o médico. A atuação do profissional de saúde sem o consentimento dos pais (e do Tribunal), poderia traduzir-se numa ofensa à integridade física do paciente, pelo facto desta atuação não reunir os requisitos legalmente exigidos para a qualificação do ato como intervenção curativa (art.º 150.º do CP).

Ora, o legislador penal impôs para que se considerasse a atuação do médico como intervenção curativa que esta se tratasse de uma intervenção medicamente indicada com uma finalidade curativa e ainda que fosse aplicada segundo as *legis artis*. No caso dos menores, faz parte das regras da profissão obter o consentimento dos representantes legais, assim sendo o médico que atue sem este assentimento violaria as *legis artis*, o que se traduziria na possibilidade de ser responsabilizado por ofensas à integridade física.

Contudo, é a própria autora que vem justificar a razão pela qual o médico também não deve ser responsabilizado a este título. Defendendo que segundo o

⁶⁹ FARIA, Maria Paula Ribeiro de, Ob. cit., p. 274.

objetivo da norma e tendo em vista os bens jurídicos por ela protegidos, não faria sentido falar-se em ofensas à integridade física, uma vez que a intervenção do médico pretende melhorar o estado de saúde do paciente e não o contrário. Acrescenta ainda que “ao punir por esta via o médico, que desatendendo a vontade dos pais realiza uma intervenção num menor, estamos a punir mais severamente do que se da lesão da autonomia do próprio paciente se tratasse”.

A única possibilidade de punir o médico, pelo facto de desobedecer às instruções dadas pelos representantes legais, será se considerarmos que estamos perante uma intervenção curativa arbitrária feita ao menor, dado que não foi devidamente autorizada. Desta forma, “o consentimento seria de facto uma formalidade (...), mas que, enquanto formalidade, serviria uma finalidade essencial, e importante, de impedir a execução de intervenções médicas sem o devido assentimento de quem de direito e sem a devida averiguação sobre o interesse do menor”⁷⁰.

Através deste maquinismo seria possível eventualmente punir o médico, dado que, com a sua atuação colocou, por via indireta, em causa a autonomia do menor, o que poderá resultar na aplicação da sanção prevista no art.º 156º do Código Penal.

Do exposto é possível retirar que os profissionais de saúde podem atuar sem o consentimento dos progenitores e do tribunal quando a situação do menor se reveste de especial urgência e é necessária uma atuação imediata de forma a salvaguardar os superiores interesses deste. Saindo fora do âmbito de atuação dos profissionais de saúde, as situações em que continua a faltar a autorização por parte dos pais e do Tribunal e o quadro clínico do menor não represente um perigo imediato para a sua saúde ou integridade física, devendo, neste enquadramento factual, a vontade dos representantes legais prevalecer mesmo que em sentido diverso daquela propugnada pelos médicos.

2. Escolha do Tratamento Não Recomendado

⁷⁰ Idem, pp. 274-275.

A última interrogação que iremos colocar no âmbito desta dissertação respeita aos casos em que os pais apesar de não aceitarem o tratamento recomendado pelo médico, não tencionam que o menor fique sem qualquer tipo de assistência médica, pretendendo apenas seguir um tratamento não convencional ou que não seja aplicado no país em que se encontram. Será que os pais podem impor a sua vontade? Ou, deverá a recomendação do médico prevalecer?

No nosso país, em 2010, ao fim de quatro sessões de quimioterapia e de uma cirurgia que resultou na extração de um rim, os pais de Safira Mateus⁷¹ recusaram o tratamento proposto pela equipa médica do Instituto Português de Oncologia de Lisboa, optando por um tratamento experimental na Alemanha. A criança à data com quatro anos foi diagnosticada com um tipo de cancro renal, o qual deveria ser retirado com a maior brevidade possível, segundo o diagnóstico inicial.

A primeira divergência entre os médicos e os pais surge quando estes requerem a retirada imediata do tumor da filha, de acordo com o protocolo americano. Por sua vez, a equipa médica aconselhou a administração prévia de sessões de quimioterapia, seguindo desta forma o protocolo europeu. Este impasse levou a que a criança fosse submetida a sessões de quimioterapia e a uma intervenção cirúrgica que levou à remoção de um rim. Após a operação, os médicos recomendaram mais vinte e sete sessões de quimioterapia. Contudo, os pais recusaram veemente submeter a criança a mais tratamentos.

O caso seguiu para o Tribunal de Menores onde foi decidido que a vida da menor estava em risco e era imperioso que os tratamentos não cessassem, tendo os pais sido obrigados a aceitar a terapêutica recomendada pelos médicos. Porém, os progenitores não aceitaram a decisão do Tribunal e levaram a criança para a Alemanha com o intuito de a submeter a um tratamento experimental. Após a sua administração, o tumor entrou em remissão, encontrando-se Safira, até aos dias de hoje, uma criança saudável.

A Lei n.º 52/2014, de 25 de Agosto⁷² estabelece que quando o Estado Português, através do Serviço Nacional de Saúde, não possui os mecanismos

⁷¹ Para mais informação *vide*:<https://visao.sapo.pt/atualidade/sociedade/2011-10-26-a-luta-para-salvar-safiraf629911/>.

⁷² Transpõe a Diretiva n.º 2011/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Março de 2011, e a Diretiva de Execução n.º 2012/52/UE da Comissão, de 20 de Dezembro de 2012.

necessários para assegurar os cuidados de saúde essenciais à sobrevivência de uma pessoa, o indivíduo pode recorrer a tratamentos com “eficácia comprovada cientificamente, reconhecida pela melhor evidência internacional” noutra Estado-Membro. Contudo, no caso da Safira, o tratamento aplicado não estava cientificamente comprovado, tendo apenas sido testado em ratos, não cumprindo, assim, os requisitos exigíveis naquele diploma legal.

Note-se que o artigo 14º, n.º 3, especifica que a autorização prévia necessária será recusada quando se considerar que o risco de segurança a que o paciente será exposto não é aceitável ou, quando for possível, em tempo útil, realizar o tratamento em Portugal.

Deste modo, os progenitores nunca poderiam ter acesso a este mecanismo de ajuda transfronteiriço. Porém e tendo em conta o presente enquadramento, entendemos não ser correto abandonar por completo a vontade dos pais, já que estes nunca pretenderam deixar a filha sem tratamentos médicos apenas defendiam que as sessões de quimioterapia não era o caminho mais adequado atenta a idade da criança.

Note-se que esta já não tinha um rim e ainda teria de fazer mais vinte e sete sessões de quimioterapia, sendo incerto se sobreviveria ou caso sobrevivesse em que condições iria viver ou por quantos anos.

Esta é uma questão extremamente desafiante em que nos encontramos numa “zona cinzenta”. Por um lado, compreendemos a posição dos médicos e a sua função como “guardiões” da saúde da sua paciente, tomando as medidas que estão regulamentadas e que são seguidas a nível europeu de forma a tentar salvar a vida da criança. Noutra perspetiva temos os progenitores que querendo o melhor para a filha (a sua sobrevivência e uma longa esperança de vida com o mínimo de limitações), entendiam que as quantidades de rondas de quimioterapia propostas pelo hospital seriam excessivas e com consequências mais nefastas que proveitosas, pretendendo, assim arranjar uma solução alternativa, que salvasse a vida da menina e de forma menos invasiva.

Outra situação semelhante, mas desta vez com palco no Reino Unido, foi a de Ashya King, um menino de cinco anos com um tumor cerebral. Também aqui os pais recusaram o tratamento proposto, por considerarem que a quimioterapia e

radioterapia propostas seriam demasiado agressivas e não satisfaziam da melhor forma possível os interesses do menor. Deste modo, para garantirem que o filho usufruísse daquele que consideravam ser o melhor tratamento possível, retiraram-no do hospital, contra todas as indicações médicas e sem o conhecimento da equipa clínica - receando que caso partilhassem as suas intenções fosse intentada uma ordem judicial que os impedisse de continuar a manter o menor aos seus cuidados.

As autoridades britânicas consideraram que se tratava de um caso de maus tratos e sequestro de menor, razão pela qual emitiram um mandato de detenção europeu. Os pais foram detidos pelas autoridades espanholas, enquanto o filho se encontrava num hospital em Málaga. Durante a audiência em Tribunal e após explicarem pormenorizadamente em que consistiam os tratamentos inovadores - aplicação de uma dose menor de radioterapia, com menos danos e impactos no desenvolvimento cerebral - foram libertados e autorizados, com o acordo do Serviço Nacional de Saúde Britânico, a prosseguir viagem até Praga.

A grande diferença entre esta situação e a anterior é que neste caso os pais pretendiam que o filho fosse tratado com uma terapia inovadora que só estava disponível em Praga. Contudo, esta é reconhecida a nível internacional e aceite dentro da comunidade médica, contrariamente ao primeiro exemplo onde, por muito nobres que fossem as intenções dos progenitores, o tratamento não foi devidamente testado e aprovado pelas entidades regulamentares.

Em suma, estas são situações em que, independentemente do tratamento alternativo que os pais decidam prosseguir, a solução nunca é pacífica, atento o desacordo entre estes e a equipa médica.

A Carta dos Direitos do Doente Internado, no ponto quatorze⁷³ consagra a liberdade individual do doente internado, poder abandonar o estabelecimento hospitalar, desde que, devidamente informado sobre os riscos envolvidos e após assinatura de um termo de responsabilidade. Ora, no caso dos menores, não tendo estes a capacidade para consentir, são os seus representantes legais que, norteados pelo superior interesse do menor, tomam as decisões relativas à sua saúde, devendo

⁷³Vide: https://www.ordemenfermeiros.pt/arquivo/legislacao/Documents/LegislacaoSaude/Carta_Direitos_Doente_Internado.pdf.

ser os pais a decidir se o menor deve ou não permanecer no hospital, a fim que possa ser acompanhado noutra local (nesta última hipótese).

Os médicos devem apenas intervir, como já vimos anteriormente, nas situações em que os progenitores recusam todo e qualquer tipo de tratamento, não autorizando, conseqüentemente, a alta médica da criança. Todavia, nos exemplos anteriores os progenitores não recusaram categoricamente a realização de um tratamento, apenas pretendiam seguir outro que não o recomendado pelas equipas médicas.⁷⁴

A solução a adotar nestas circunstâncias mostra-se de extrema dificuldade, sendo necessária uma análise casuística, onde seja imperativamente ponderado qual o meio que melhor satisfará os interesses da criança. Devendo os pais ter acesso a toda a informação disponível e a todos os esclarecimentos necessários de forma a que seja tomada uma decisão conjunta com os médicos que mais beneficie o menor, enquanto que da parte dos profissionais de saúde é essencial uma maior abertura a tratamentos inovadores, ainda que numa fase experimental, desde que apresentem resultados promissores.

Tal como MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA defendeu “os pais não são donos dos filhos, mas os médicos também não são donos da verdade”⁷⁵. Assim sendo, somos de opinião que quando os pais estão devidamente informados e pretendem seguir um tratamento alternativo, procurando dessa forma assegurar o que consideram ser a melhor terapêutica para o filho, a sua vontade deve ser respeitada.

⁷⁴ Para mais informações *vide*: Público, “Médicos ou pais... Quem tem a última palavra no tratamento de uma criança?”, 9 de Setembro de 2014, disponível em www.publico.pt/sociedade/noticia/medicos-ou-pais-quem-tem-a-ultima-palavra-no-tratamento-de-uma-crianca-1669014.

⁷⁵ *Vide*: <https://visao.sapo.pt/atualidade/sociedade/2011-10-26-a-luta-para-salvar-safiraf629911/>.

— CONSIDERAÇÕES FINAIS —

Chegados a este momento cabe-nos explicar as conclusões que retirámos da pesquisa efetuada ao longo desta dissertação.

“O fundamento material da responsabilidade nos crimes comissivos por omissão, reside na necessidade de assegurar a determinados bens jurídicos uma tutela reforçada perante a incapacidade dos respetivos titulares de protegê-los adequadamente”. Foi com base nesta afirmação do Professor GERMANO MARQUES DA SILVA que desenvolvemos a questão em torno da responsabilidade jurídico-penal dos progenitores quando se recusam a providenciar o acompanhamento médico necessário e essencial ao filho.

Os menores dadas as suas características, pautadas pela fragilidade e incapacidade de tomarem decisões racionais e equilibradas, estão fortemente condicionados pelas decisões tomadas pelos seus progenitores, já que é sobre estes que recai o dever de garante, que se traduz num poder-dever de zelar pela saúde e integridade física destes.

Deste modo, quando a atuação dos pais vai no sentido inverso àquele que seria o expectável e aceite pela sociedade e pelo Direito, podemos considerar que a responsabilidade poderá ser de dois níveis.

O primeiro tipo de responsabilidade ocorre quando os pais têm a perceção que o filho sofre de alguma enfermidade e nada fazem para prevenir ou evitar um provável resultado danoso. Nestes casos enfrentaram uma responsabilidade penal, já que a sua omissão será equiparada a uma ação no sentido de um *facere*. Porém, também aqui será necessário fazer uma distinção, já que a conduta penalmente relevante pode ser cometida com dolo ou negligência, consoante se trate de uma não atuação consciente, com intenção e objetivo de obter certo resultado, que será sempre prejudicial para a vida do menor, ou se trate de uma conduta em que o agente não atuou com a diligência que era exigida, segundo as circunstâncias concretas, de modo a evitar o resultado - morte ou ofensa à integridade física do menor.

No que concerne à temática abordada no terceiro e último capítulo, esta referiu-se aos casos em que os progenitores apesar de terem levado o menor a um médico, não consentem no tratamento por este indicado. Tendo por base esta premissa foi possível distinguir entre as atuações do médico que seriam urgentes e imprescindíveis à vida do menor e aquelas que, apesar de não possuírem um carácter urgente são também essenciais à vida da criança.

Quando a recusa recai sobre uma circunstância urgente e imprescindível para a manutenção da vida do menor, o médico pode atuar sem as necessárias autorizações dos pais não incorrendo em responsabilidade penal (especificamente do art.º 156 do CP).

Acresce ainda o facto de existirem limites ao direito de representação por parte dos pais, dado que o consentimento é um direito intransmissível que respeita à autodeterminação do menor. Estes limites manifestam-se sempre que os progenitores deixam de atuar no melhor interesse do menor e passam a agir de acordo com as suas convicções pessoais e crenças religiosas.

Nestas circunstâncias os médicos assumem o papel daqueles, passando a “substituir os pais”, atuando como garantes do menor, defendendo os seus superiores interesses, dado que, “não é lícito aos pais, seja em nome de que valores forem privar os filhos do direito à saúde e à vida”⁷⁶, nem mesmo quando estejam em causa convicções de ordem religiosa, como acontece no caso das Testemunhas de Jeová, no que concerne às transfusões de sangue.

Porém, quando os pais continuam a recusar o tratamento, mas este, apesar de essencial à vida da criança, não seja urgente, dois são os cenários possíveis.

No primeiro, os médicos avisam o Ministério Público de forma a que se possa desencadear um processo, de carácter urgente, no qual o Tribunal irá decidir se o tratamento indicado pelo médico deve proceder mesmo contra a vontade dos pais. Quando tal ocorre, o Tribunal pode decretar várias medidas, desde fazer recair na esfera dos médicos que acompanham a criança as Responsabilidades Parentais, retirando-as dos pais, mas também pode simplesmente obrigar os progenitores a

⁷⁶ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, “Responsabilidade Médica em Direito Penal - Estudo dos Pressupostos Sistemáticos”, Coimbra, Almedina, 2007, pág. 349.

aceitar aquele determinado tratamento ou ainda, confiar o menor a um terceiro que ficará onerado com o dever de atuar no melhor interesse da criança.

No que concerne ao segundo panorama, os médicos atuam sem terem pedido a autorização especial referida anteriormente. Ora, como a situação não se reveste de especial urgência e a atuação não estava protegida por nenhuma das autorizações necessárias (progenitores ou Tribunal), equacionámos a possibilidade de uma responsabilidade penal dos médicos. Porém, esta só se verificará, eventualmente, se considerarmos que o médico ao desobedecer à vontade dos progenitores estará a proceder a uma intervenção curativa arbitrária (art.º 156º do CP), por não ter sido devidamente autorizada, colocando assim, por via indireta, a autonomia do menor em causa. Atendendo ao explanado, deve a vontade dos progenitores prevalecer em detrimento da recomendação médica.

Equacionámos ainda as circunstâncias em que os progenitores não pretendem que o menor fique sem tratamento médico, apenas discordam do propugnado pelos médicos querendo optar por um alternativo. A prevalência da vontade dos pais dependerá de um fator essencial, se o tratamento for inovador e não estiver devidamente autorizado ou não for reconhecido a nível internacional como tal, os progenitores não poderão sujeitar a criança a tal terapia, prevalecendo o tratamento recomendado pelo médico.

Se, apesar de controverso, o tratamento estiver cientificamente comprovado e mesmo que não esteja disponível no país de residência do menor, os pais devem ser autorizados pelo Tribunal a abandonar o hospital onde a criança estava a ser seguida, transferindo-a para uma instalação hospitalar onde procedam à referida terapêutica. Devendo ser dada prevalência à vontade dos pais, que nestes casos, estão a atuar no melhor interesse do menor e da forma que melhor consideram que salvaguarda os seus bens jurídicos.

É assim possível concluir que a premissa mais importante e que tem de estar constante e ininterruptamente presente é a prevalência do melhor interesse do menor, que se traduzirá sempre pela manutenção e preservação da sua saúde e integridade física. Não podendo nunca as convicções pessoais dos progenitores, nem as convicções profissionais dos médicos prevalecer em detrimento daquilo que será o superior interesse da criança.

— BIBLIOGRAFIA —

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, Lisboa, Universidade Católica Editora, 3ª edição atualizada, 2015;
- ALMEIDA, Joana Ramos de, Dissertação de Mestrado, “Os crimes por Omissão: em especial a ingerência enquanto plano do dever de garante”, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade Direito de Coimbra, 2015;
- AMARAL, Jorge Pais de, “Direito da Família e das Sucessões”, 6ª Edição, Lisboa, AAFDL, 2019;
- Artigo Público, disponível em: www.publico.pt/sociedade/noticia/medicos-ou-pais-quem-tem-a-ultima-palavra-no-tratamento-de-uma-crianca-1669014;
- Artigo Visão, disponível em: <https://visao.sapo.pt/atualidade/sociedade/2011-10-26-a-luta-para-salvar-safiraf629911/>;
- British Medical Journal, “Baby to be tested for HIV against parents wishes”, Vol. 319, 11 Setembro 1999;
- BRITO, Teresa Quintela de, “A Tentativa nos Crimes Comissivos por Omissão: Um Problema de Delimitação da Conduta Típica”, Coimbra, Coimbra Editora, 2000;
- Carta dos Direitos do Doente Internado, disponível em: https://www.ordemenfermeiros.pt/arquivo/legislacao/Documents/LegislacaoSaude/Carta_Direitos_Doente_Internado.pdf;
- Código Civil de 1867, texto integral disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>;
- Código Civil de 1966, artigo 1876.º, disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1801&artigo_id=&nid=775&pagina=19&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo=;

- Código Civil (versão atualizada);
- Código do Registo Civil;
- COLLAÇO, Isabel de Magalhães, “A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um olhar vinte e cinco anos depois”, Comemoração dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Vol. I - Direito da Família e Sucessões, Coimbra, Coimbra Editora, 2004;
- CORREIA, Eduardo, “Direito criminal”, Tomo I, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2001;
- CUNHA, José Damião da, “Algumas reflexões sobre a omissão imprópria no sistema penal português”, In: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias/org. Manuel da Costa Andrade, Coimbra, Coimbra Editora, 2003;
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “Das omissões ilícitas no exercício da medicina”, in As novas questões em torno da vida e da morte em direito penal - uma perspetiva integrada, 1º Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010;
- DIAS, Jorge Figueiredo, “Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, a Teoria Geral do Crime”, Tomo I, 2ª Edição, 2ª Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2012;
- DUARTE, Maria de Fátima Abrantes Duarte, “O Poder Paternal. Contributo para o Estudo do seu atual Regime”, 1º Reimpressão, Lisboa, AAFDL, 1989;
- FARIA, Maria Paula Ribeiro de, “A «lei do sangue» - ou o conflito entre o respeito pela autonomia da pessoa e a defesa da vida e da integridade física”, in Revista de Direito e Justiça, Vol. XII, Tomo I, 1998;
- FLETCHER, George P., “Basic Concepts of Criminal Law”, New York - Oxford: Oxford University Press, 1998;
- FREEMAN, Michael, “Whose Life is it Anyway?”, Medical Law Review, 9, Autumn, 2001;
- LEANDRO, Armando, “Poder Paternal: Natureza, Conteúdo, Exercício e Limitações. Algumas reflexões de prática judiciária”, in Temas de Direito da Família, Coimbra, Almedina Editora, 1986;

- LIMA, António Pires de e VARELA, Antunes, “Código Civil Anotado, Vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 1995;
- Lei da Proteção das Crianças e Jovens em Perigo;
- Lei 52/2014, de 25 de Agosto;
- MARTINS, Rosa, “Menoridade, (In)Capacidade e Cuidado Parental”, 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2008;
- Recomendação N.º R (84) de 28 de Fevereiro de 1984, aprovada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa;
- Reportagem SIC, disponível em: <http://sicnoticias.sapo.pt/programas/reportagensic/2011-10-27-safira>;
- RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, “Responsabilidade Médica em Direito Penal - Estudo dos Pressupostos Sistemáticos”, Coimbra, Almedina, 2007;
- OLIVEIRA, Guilherme de e PEREIRA, André Dias, “Consentimento Informado”, Compilação do Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2006;
- OLIVEIRA, Guilherme de, “Temas de Direito da Medicina”, 2ª Edição Aumentada, Coimbra, Coimbra Editora, 2005;
- Parecer 46/CNECV/05
- Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º 8/91, de 16 de Janeiro de 1992;
- PINHEIRO, Jorge Duarte, “O Direito da Família Contemporâneo”, 6ª Edição, Lisboa, AAFDL, 2018;
- SANTOS, Teixeira dos, “Do Consentimento dos Menores para a Realização de Atos Médicos Terapêuticos”, in Revista do Ministério Público, 118, Abril/Junho, Ano 30, 2009;
- SILVA, Germano Marques da, “A ética profissional”, in Direito e Justiça, Vol. XIII, Tomo 3, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1999;
- SILVA, Germano Marques da, “Direito Penal Português: Teoria do Crime”, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015;

- SOTTOMAYOR, Clara, “Código Civil Anotado”, Livro IV Direito da Família, Almedina, 2020;
- SOTTOMAYOR, Clara, “Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos casos de Divórcio”, 5ª Edição revista, aumentada e atualizada, Porto, Almedina, 2011;
- VARELA, João de Matos Antunes, “Direito da Família”, Vol. I, 5ª Edição Revista, atualizada e completada, Lisboa, Livraria Petrony, 1999;

46/CNECV/05

**PARECER Nº 46 DO CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA
AS CIÊNCIAS DA VIDA**

**PARECER SOBRE OBJECÇÃO AO USO DE SANGUE E
DERIVADOS PARA FINS TERAPÊUTICOS POR MOTIVOS RELIGIOSOS
(Junho de 2005)**

(...)

3. A recusa em aceitar transfusões de sangue e hemoderivados enquadra-se no direito de o doente decidir sobre os cuidados de saúde que deseja receber, desde que lhe seja reconhecida a capacidade para tal e existam condições para a exercer.

(...)

6. Quando haja uma recusa válida o médico e/ou outros profissionais de saúde têm o dever de a respeitar.

(...)

10. Os doentes interditos ou com anomalia psíquica e os doentes menores de idade carentes do discernimento necessário não podem considerar-se como tendo competência para assumir decisões sobre cuidados de saúde, pelo que são justificados os actos terapêuticos para os quais não foi obtido consentimento e que se destinam a salvar a sua vida ou prevenir sequelas, designadamente a administração de sangue e hemoderivados.

11. Nas situações anteriores deve ser requerida a autorização dos representantes legais, prevalecendo igualmente, em caso de recusa, o dever de agir decorrente do princípio da beneficência, porquanto aquela autorização não corresponde ao exercício da autonomia, pessoal e indelegável, sem prejuízo do recurso às vias judiciais quando indicado.