



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A responsabilidade civil médica na
especialidade de obstetrícia
O reconhecimento da violência obstétrica em Portugal**

Sónia Miguel Abreu Garrido

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2023



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A responsabilidade civil médica na
especialidade de obstetrícia**
O reconhecimento da violência obstétrica em Portugal

Sónia Miguel Abreu Garrido

Orientadora: Maria Paula Bonifácio Ribeiro de Faria

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2023

Aos meus avós.

*“De tanto ver triunphar as nullidades,
de tanto ver crescer as injustiças,
de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus,
o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra
e a ter vergonha de ser honesto”*

-Ruy Barbosa.

Agradecimentos

À Senhora Professora Doutora Maria Paula Ribeiro de Faria pela sua disponibilidade e prontidão, pela sua mentoria e dedicação que se mostraram essenciais na realização desta tese.

À Universidade Católica por ter sido a minha segunda casa nestes últimos anos que tanto me viu crescer.

Aos meus pais, por me ajudarem a realizar os meus sonhos, pelo seu amor incondicional, por estarem ao meu lado em todos os momentos da minha vida e por serem o meu porto de abrigo.

Ao meu irmão, por ser fonte de ânimo, exemplo de resiliência e de força, por todas as palavras de incentivo e carinho e por ser o meu melhor amigo, sem ele nada disto seria possível.

À minha madrinha, que sempre foi incansável e assídua no seu apoio, por ser amiga, por todos os conselhos e gargalhadas.

Aos meus amigos, mas em especial à Ana, à Francisca, à Ana Rita, à Rita, à Joana e à Catarina pelo apoio, encorajamento e amizade.

Resumo

A presente dissertação destina-se ao estudo do tema da violência obstétrica, tomando por base os resultados de estudos nacionais e internacionais. Estamos perante um fenómeno atual que também ocorre nos hospitais portugueses, onde são realizados atos sem consentimento prévio e em violação das *leges artis*.

Pretende-se analisar o tema à luz da responsabilidade civil médica, tanto contratual como extracontratual, fazendo ainda menção à possibilidade de legislação específica sobre o tema que permita uma maior proteção das grávidas no momento do parto.

Palavras-chave: responsabilidade civil médica; violência obstétrica; direito dos utentes, consentimento informado; erro-médico; gravidez

Abstract

The following dissertation proposes an analysis of the theme of obstetric violence, going from the result of national and international studies. It is an ongoing phenomenon that occurs at the national hospitals, where there are practices done without the informed consent and in violation of *leges artis*.

This study aims to analysis within the scope of medical civil liability, contractual and extracontractual. Touching also on the possibility of specific legislation about this topic that seeks further protection of pregnant women during childbirth.

Keywords: medical civil liability; obstetric violence; patient rights; informed consent, malpractice; pregnancy.

Índice

Agradecimentos.....	5
Resumo.....	6
Abstract.....	6
Advertência.....	8
Lista de Siglas e Abreviaturas.....	9
Introdução.....	10
1 A violência obstétrica.....	11
1.1 Conceito de Violência Obstétrica.....	11
1.1.1 Violência psicológica.....	12
1.1.2 Violência Física.....	12
1.1.3 Violência Sexual.....	14
1.1.4 Violência Institucional.....	15
1.2 A Violência Obstétrica em Portugal.....	16
1.2.1 Estudo revista “The Lancet”.....	16
1.2.2 Estudo da Associação Portuguesa pelos Direitos da Mulher na Gravidez Parto.....	17
1.2.3 Posição da Ordem dos Médicos Portuguesa.....	18
2 Responsabilidade Civil Médica.....	22
2.1 Breve menção aos direitos dos pacientes.....	22
2.2 Evolução da relação médico paciente.....	23
2.3 O surgimento da medicina defensiva.....	24
2.4 Responsabilidade civil médica.....	25
2.4.1 Responsabilidade civil médica contratual.....	25
2.4.2 Responsabilidade civil médica extracontratual.....	27
2.4.3 Responsabilidade civil médica com base em má prática médica.....	29
2.4.4 Responsabilidade civil médica com base na falta de consentimento.....	31
3 Orientações da ONU e da U.E e a hipótese legislativa sobre a VO 35	
3.1 Posição da ONU e da União Europeia face ao fenómeno da Violência Obstétrica	35
3.1.1 ONU: A human rights-based approach to mistreatment and violence against women in reproductive health services with focus on childbirth and obstetric violence.....	35
3.1.2 Posição da União Europeia: Resolução 2306/2019 do Parlamento Europeu sobre violência obstétrica e ginecológica.....	36
3.2 A realidade portuguesa: análise e proposta de solução.....	37
3.3 Comentário do projeto-lei apresentado na Assembleia da República.....	38
3.4 Proposta alternativa.....	39

3.4.1 O plano de parto (ou de nascimento).....	39
Conclusão.....	43
Referências Bibliográficas.....	44
Jurisprudência.....	46

Advertência

A tradução da bibliografia estrangeira é da nossa responsabilidade.

Lista de Siglas e Abreviaturas

AC. – Acórdão

APDMGP- Associação Portuguesa pelos Direitos das Mulheres Grávidas e Parto

Art- Artigo

Arts – Artigos

CC- Código Civil

CODU- Centro de Orientação de Doentes Urgentes

CP- Código Penal

CRP- Constituição da República Portuguesa

OM- Ordem dos Médicos

OMS- Organização Mundial de Saúde

ONU- Organização das Nações Unidas

Proc.- Processo

Séc.- Século

SNS- Serviço Nacional de Saúde

STA- Supremo Tribunal Administrativo

STJ- Supremo Tribunal de Justiça

TEDH- Tribunal Europeu de Direitos Humanos

TRC- Tribunal da Relação de Coimbra

TRL- Tribunal da Relação de Lisboa

TRP- Tribunal da Relação do Porto

VO- Violência Obstétrica

Introdução

O direito à integridade física e à saúde são direitos consagrados nos arts. 25º e 64º da Constituição da República Portuguesa (CRP). No entanto, a realidade demonstra que estes direitos nem sempre são respeitados nas instituições de saúde, quer nacionais, quer de outros países. A paciente grávida quando entra no hospital vê, muitas vezes, a sua integridade física e moral desrespeitada. O parto é o momento sagrado da vida humana, e deveria ser tratado como tal. No entanto, em pleno séc. XXI o parto é muitas vezes percecionado como um momento de sofrimento que ensombra o pensamento de muitas mulheres.

A evolução da medicina nos últimos séculos levou a que a maioria dos partos tenha lugar no meio hospitalar, e bem. Todavia, muitas vezes, estes mesmos hospitais que deveriam transmitir sentimentos de segurança e humanidade, tornam-se palco de violação dos mais elementares direitos das grávidas, que ocorre a propósito da realização de atos médicos sem consentimento como episiotomias, descolamentos de membranas, recurso a fórceps e ventosas, da utilização de manobras que têm vindo a ser consideradas como más-práticas e por isso violações das *leges artis*, como a manobra de Kristeller, até à violência emocional que se consubstancia em insultos, humilhações e discriminação. Frequentemente, a preocupação dos profissionais de saúde é toda ela dirigida para o recém-nascido, descurando o estado emocional da recém-mãe. Parece-nos que é necessário ir para além da comum presunção segundo a qual “se o bebé está bem a mãe também está”, uma vez que, muitas vezes, ela demonstra não ser verdade.

A presente dissertação debruça-se sobre o papel que a responsabilidade civil médica pode desempenhar no combate à violência obstétrica, e a nossa atenção centra-se nas ações fundamentadoras do erro médico, e naquelas em que ocorre a violação do dever de obtenção do consentimento informado. Esta tese cinge-se apenas ao estudo dos casos de parto de natureza não urgente, não incluindo, por isso, circunstâncias de urgência médica.

1 A violência obstétrica

1.1 Conceito de Violência Obstétrica

A violência obstétrica define-se genericamente como toda e qualquer conduta praticada antes, durante ou depois do parto, sem o consentimento da mulher, ou limitando o seu poder de decisão, que consubstancie um ato de violência física, psicológica ou sexual. O parto, é um momento de grande vulnerabilidade para a mulher, em que esta deve ser rodeada da atenção, assistência e cuidado dos profissionais de saúde. São precisamente estes profissionais, de quem seria de esperar um tratamento adequado e digno, que limitam muitas vezes a autonomia da parturiente ao impedirem-na de tomar decisões, que negligenciam emoções, que minimizam dores, e que praticam comportamentos ofensivos, entre outros.

Este tipo de violência constitui “um tipo de violência de género conforme nos ensina a alínea d) do art 3º da Convenção de Istambul”¹. A convenção define como violência contra mulheres baseada no género como toda a violência dirigida contra uma mulher por ela o ser ou que afete desproporcionalmente as mulheres. Ora, tendo em conta que o parto é fenómeno que é exclusivo ao género feminino, a violência que seja infligida à parturiente constitui violência de género. Ao longo dos anos foram apontados fatores que podem justificar a origem dos abusos obstétricos como “o poder de autoridade clínica, a dificuldade de responsabilização de um sistema hierárquico hospitalar, a existência de protocolos e políticas de atuação, o contexto e modelos de formação profissional que banalizam más práticas, a massificação da assistência, expectativa de submissão, receio/incapacidade de questionamento de condutas clínicas e o desconhecimentos de direitos próprios como utentes”². No que diz respeito ao modelo de formação profissional que banaliza as más práticas, numa reportagem que foi transmitida no canal SIC³ um médico de medicina geral e familiar, testemunhou que ao longo da sua formação assistiu a partos instrumentalizados, com episiotomias, manobra de Kristeller, insultos, sendo estes procedimentos definidos como uma experiência

¹ SIMÕES, Vânia, “A violência obstétrica: a violência institucionalizada contra o género”, “Anatomia do crime” nº6 julho-dezembro 2017, pág. 75.

² “O abuso Obstétrico existe” (2010) <https://malmequer> consultado em novembro 2022.

³ “A natureza do parto – Reportagem Especial”, Emissão SIC de 15 de outubro de 2022, apresentação de Catarina Marques.

normal de parto. Esta realidade está presente nos hospitais nacionais, e é transversal ao setor público e privado.

Independentemente das razões que possam estar na base das ações e omissões que consubstanciam a violência obstétrica, estamos perante violações de direitos absolutos da mulher a que a ordem jurídica não pode ficar indiferente. De modo a melhor compreender este fenómeno, vamos dividir o conceito em violência física, violência psicológica, violência sexual e violência institucional.

1.1.1 Violência psicológica:

A violência psicológica é constituída por ações ou omissões passíveis de desestabilizar emocional e psicologicamente a parturiente. Aqui incluem-se “as humilhações, a indução da grávida em erro, ameaças para que a mesma consinta na realização de uma prática (por motivos de conveniência médica), tratamento discriminatório, atendimento não empático e urbano, maus-tratos verbais, menosprezo dos pedidos feitos, omissão de informação”⁴. Estas condutas geram sentimentos de angústia e de diminuição na parturiente, e constrangimentos na comunicação entre esta e as equipas médicas. Segundo o Regulamento de Deontologia dos Médicos, nomeadamente os arts. 4º nº9 e 14º nº1, o médico tem o dever de respeitar o doente e o dever de ter um comportamento profissional e adequado.

1.1.2 Violência Física

“Podem reconduzir-se à violência física todas as condutas que inflijam dor ou danos físicos à parturiente ou nascituro indecentemente do tipo de dano que possa estar em causa”⁵. Incluem-se aqui as condutas dos profissionais de saúde que alteram injustificadamente o ritmo natural do desenvolvimento do parto e que são executadas sem o consentimento da parturiente. Estamos a falar de comportamentos que causam dores e sofrimento, e que são realizados arbitrariamente pelos profissionais de saúde, em evidente violação da autonomia e da integridade física da grávida. Aqui incluem-se a manobra de Kristeller, as episiotomias de rotina, a administração de ocitocina e outro

⁴ SIMÕES, 2017, pág 80.

⁵ SIMÕES, 2017, pág 79.

tipo de fármacos sem consentimento, a indução do parto, agressões várias, a negação dolosa/negligente do alívio de dor, entre outros comportamentos.

1.1.2.1 Manobra de Kristeller

A manobra de Kristeller consiste na aplicação de pressão no fundo uterino durante o período expulsivo do parto de forma a encurtá-lo. É usual que durante a execução dessa manobra os profissionais de saúde debrucem o seu corpo sobre o abdómen da grávida, aplicando força/pressão de forma não controlada.

Em 2017 foi publicado pela Organização Cochrane⁶ um artigo que se dedicou exclusivamente ao estudo deste método⁷, partindo do princípio de que durante esta fase do parto é recorrente a parturiente já estar cansada, pelo que é normal que o ritmo de desenvolvimento do parto não seja o desejado. Uma vez que um parto prolongado envolve riscos para a mulher e para o bebé, os profissionais de saúde recorreriam à manobra de Kristeller para tentar encurtar o parto. No entanto, a aplicação da pressão no fundo do útero tanto pode auxiliar o parto, como pode aumentar o risco de complicações para o bebé e para a mãe. Como não havia, até ao momento, evidência científica conclusiva sobre este tópico, a Organização Cochrane examinou criticamente esta manobra de modo a perceber os seus efeitos. As conclusões deste estudo foram que a aplicação de pressão no fundo do útero (seja manual, seja usando um cinto insuflável) não se mostra eficiente na redução do tempo de parto e não evita possíveis intervenções cirúrgicas. Este estudo não abordou a segurança do feto, consequências possíveis relativamente ao períneo, nem a satisfação materna.

Outros estudos também revelam que esta manobra está diretamente associada ao colapso do pavimento pélvico, que se traduz na rutura do músculo levantador do ânus, o que pode originar, por exemplo, incontinência fecal e urinária. Ainda sobre os riscos decorrentes desta manobra para a parturiente, um outro estudo⁸ demonstra que a sua realização aumenta o risco de laceração do períneo e do colo do útero.

⁶ A organização Cochrane é uma rede internacional com sede no Reino Unido, sem fins lucrativos que se compromete a reunir a melhor evidência científica para ajudarem as pessoas a fazerem escolhas informadas. É uma fonte de informação credível sendo que a OM recorre a esta organização várias vezes.

⁷ Hofmeyr GJ, Vogel JP, Cuthbert A, Singata M. "Fundal pressure during the second stage of labour." Cochrane Database of Systematic Reviews 2017, Issue 3 Hofmeyr GJ, Vogel JP, Cuthbert A, Singata M. Fundal pressure during the second stage of labour. Cochrane Database of Systematic Reviews 2017, Issue 3, <https://www.cochranelibrary.com>, consultado em novembro de 2022.

⁸ Acmaç G et al- "The effect of Kristeller maneuver on maternal and neonatal outcome". Archives of Clinical Experimental Surgery, 2015 <https://www.ejmaces.com/> consultado em novembro de 2022, pág 34

A Organização Mundial de Saúde (OMS)⁹ desaconselha a utilização desta manobra devido ao elevado potencial de possíveis lesões.

1.1.2.2 Episiotomia

A episiotomia é uma incisão efetuada na região do períneo de forma a ampliar o canal de parto. A este propósito, é imperativo distinguir entre o uso seletivo e uso rotineiro desta incisão. BÁRBARA BORGES BETTENCOURT, já em 2002, abordou este tema afirmando que “a maior justificação para a prática da episiotomia é a prevenção de roturas do períneo severas (Grau II e IV)”¹⁰. No entanto, no mesmo artigo, afirma-se que apesar de haver dados que permitem dizer que a episiotomia previne roturas de Grau I e II, não existe a comprovação de que estas roturas causem danos prolongados. A episiotomia também é considerada uma rotura de grau II que acarreta riscos de hemorragia significativa, dor no pós-parto, infeções, hematomas, entre outros. É também mencionado que as pacientes que sofreram a realização de uma episiotomia tiveram uma cicatrização mais complicada do que as pacientes com lacerações espontâneas. Concluindo, a autora deste artigo afirma que as episiotomias são executadas rotineiramente “sem evidência científica que suporte o seu benefício”, sendo que o recurso à episiotomia “não cumpre a maioria dos objetivos pelos quais é justificada a sua utilização”.

Mais uma vez, o uso rotineiro da episiotomia também é desaconselhado pela OMS.

1.1.3 Violência Sexual

“A violência sexual exprime-se em condutas que atentam contra os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres”. Um procedimento pode, simultaneamente, ser enquadrado em mais do que um subtipo de violência obstétrica. É o caso da episiotomia que também pode ser abordado neste âmbito. Esta intervenção pode causar, como vimos, incontinência fecal e urinária, e outro tipo de lesões, mas também pode acarretar dores e desconforto durante relações sexuais e intensificar as dores no pós-parto.

⁹ World Health Organization (2018) “Recommendation for Intrapartum Care for a Positive Birth Experience”

¹⁰ Borges, Bárbara Bettencourt “Episiotomia – uso generalizado versus seletivo”, Artigo Revisão, Acta Médica Portuguesa 2003, 448

Para além da episiotomia, também se enquadra nesta categoria o descolamento de membranas sem consentimento, que consiste na “introdução por parte do médico de um ou dois dedos na parte inferior do útero (colo do útero), utilizado um movimento circular contínuo para descolar as membranas do polo inferior em contacto com o colo do útero.”¹¹. O descolamento de membranas é utilizado como uma alternativa à indução do parto. Este procedimento que é descrito como sendo muito doloroso e desconfortável, apesar de existir evidência científica relativamente aos seus benefícios, quando é realizado sem o consentimento da parturiente configura uma violação do seu direito à autonomia.

Integra, ainda, o conceito de violência sexual todos os atos (ou omissão destes) que tenham como fundamento discriminatório o facto de se estar perante alguém do sexo feminino. Por outras palavras, há uma desvalorização dos direitos fundamentais do paciente pura e simplesmente por se estar diante de uma mulher.

1.1.4 Violência Institucional

A violência institucional nasce da falta de zelo por parte das instituições de saúde (públicas ou privadas) que têm o ónus de garantir o respeito de todos os direitos dos cidadãos, em assegurar estes mesmos direitos através do cumprimento dos seus deveres legais, organizacionais e éticos.

São exemplos de violência institucional “o impedimento do acesso aos serviços de atendimento de saúde, impedimento de amamentação, a omissão ou violação dos direitos da mulher durante o seu período de gestação, parto e puerpério, a invocação de protocolos institucionais que impeçam ou contrariem as normas/direitos vigentes, a falta de prestação de informação à parturiente, bem como a falta de assistência à parturiente.”¹².

Podemos enquadrar neste âmbito os constantes encerramentos de urgências obstétricas que ocorrem todos os anos pela altura do verão, e que obrigam a grávida a percorrer, por vezes centenas de quilómetros, para ter acesso aos serviços de saúde. Ou

¹¹ Finucane EM, Murphy DJ, Biesty LM, Gyte GML, Cotter AM, Ryan EM, Boulvain M, Devane D. “Membrane sweeping for induction of labour.”, Cochrane Database of Systematic Reviews 2020, Issue 2 <https://www.cochrane.org> consultado em novembro de 2022.

¹² SIMÕES, 2017, pag 82.

também, neste contexto, a desorganização dos serviços hospitalares e o Centro de Orientação de Doentes Urgentes (CODU) que levam as ambulâncias a dirigirem-se a urgências que se encontram encerradas para posteriormente virem a percorrer longas distâncias até a urgência mais próxima que se encontre em funcionamento.

A violência obstétrica em Portugal não se esgota na responsabilidade individual do profissional de saúde, tornando-se extremamente relevante o contexto organizacional em que os profissionais estão inseridos. A *faute du service*¹³ abrange dois cenários. “O primeiro o serviço pode ser chamado a indemnizar um dano cujo(s) autor(es) não é possível individualizar (dano anónimo, mas por outro lado, o serviço responde também nos casos de dano coletivo, isto é, determinado dano não é imputável à atuação/omissão de um concreto indivíduo ou à de vários, antes o é ao “serviço administrativo globalmente considerado””¹⁴

1.2 A Violência Obstétrica em Portugal

1.2.1 Estudo publicado na revista “The Lancet”

A violência obstétrica tem sido objeto de estudo de várias publicações, nacionais e internacionais, e tem vindo a ser uma questão bastante debatida pelos *media*. A verdade é que este problema é comum a vários países da União Europeia. O mais recente estudo levado a cabo pela revista *The Lancet* com o título “*Quality of facility-based maternal and newborn care around the time of childbirth during the COVID-19 pandemic: online survey investigating maternal perspectives in 12 countries of the WHO European Region*¹⁵” demonstrou resultados bastante desanimadores para Portugal, nomeadamente no que toca à falta de consentimento para a realização de determinados atos médicos, à falta de comunicação entre a paciente e os profissionais médicos e à falta de envolvimento da paciente nas decisões. Segundo o mesmo estudo, Portugal é o país da Europa que apresenta a maior taxa de partos eutócicos

¹³ A “falta do serviço” teve origem no ordenamento jurídico francês através do *arrêt Pelletier* veio introduzir a responsabilização exclusiva da administração.

¹⁴ COSTA, Daniela Sofia Gomes (2018) -” A culpa de organização na responsabilidade civil médica”, Centro de Direito Biomédico, Petrony, pág. 48.

¹⁵ Lazzarini M, Covi B, Mariani I, et al. Quality of facility-based maternal and newborn care around the time of childbirth during the COVID-19 pandemic: online survey investigating maternal perspectives in 12 countries of the WHO European Regio. *Lancet Reg Health Eur*. 2022

instrumentais (com utilização de fórceps ou ventosas), e é o quinto país com a maior taxa de episiotomias, apenas sendo ultrapassado por países como a Eslovénia, Croácia, Roménia e Sérvia. Portugal também é o país onde mais se utiliza a técnica de aplicação de pressão no fundo do útero. Neste estudo também ficou demonstrado que relativamente à realização de parto eutócico instrumentalizado sem consentimento, Portugal apresenta o pior resultado. O nosso país também se encontra na cauda da Europa quanto ao número de parturientes que sentiram que não foram parte ativa nas decisões que foram tomadas e que não foram tratadas com dignidade

1.2.2 Estudo da Associação Portuguesa pelos Direitos da Mulher na Gravidez e no Parto

Os estudos feitos a nível nacional também chegam a resultados pouco satisfatórios. Segundo o “Inquérito experiências de parto em Portugal”¹⁶ levado a cabo pela Associação Portuguesa pelos Direitos da Mulher na Gravidez e Parto (APDMGP) ficou demonstrada a prática de intervenções não consentidas, a utilização de manobras para acelerar o trabalho de parto sem consentimento, problemas de comunicação entre equipas e mães, e abuso verbal e físico. O estudo revela a realização de intervenções sem consentimento como, por exemplo: o descolamento de membranas (15,8% em partos de cesariana e 13,6% em parto eutócicos), indução de parto (6,3% em parto de cesariana e 4,1% parto eutócico), aceleração medicamentosa do parto (10,5% em parto de cesariana e 10,2% em parto eutócico), amniotomia¹⁷ (10,7% em parto de cesarina e 11,5% em parto eutócico), manobra de Kristeller¹⁸ (9,2% em parto de cesariana e 19,1% em parto eutócico) e episiotomias (3,2% em partos de cesariana e 29,7% em partos eutócicos)¹⁹.

As conclusões destes dois estudos a que nos referimos são alarmantes, tornando-se imperativa uma mudança de paradigma. O ordenamento jurídico português não faz menção autónoma ao fenómeno da violência obstétrica, limitando-se a Lei 110/2019 de 9 de setembro, a estabelecer, entre outros, os direitos e deveres aplicáveis em matéria de

¹⁶ Associação Portuguesa pelos Direitos da Mulher na Gravidez Parto ”Inquérito experiencias de parto em Portugal” 2ª Edição 2015-2019, <https://associacaogravidezparto.pt> consultado em janeiro de 2023.

¹⁷ Este do ato médico consiste na rutura artificial do saco amniótico.

¹⁸ As percentagens de ocorrência de manobra de kristeller com consentimento também são significativas, atingindo os 16,4% em parto eutócico e 6,8% em parto de cesariana. No entanto, e como irá ser explicado posteriormente a utilização desta manobra é desaconselhada.

¹⁹ O recurso a episiotomias com consentimento alcança os 31,2% no parto eutócico, este ato também é extramente desaconselhado.

proteção na gravidez, parto, e nascimento, e a consagrar princípios importantes como direito de informação, consentimento e recusa informada por parte da mulher grávida, o direito ao tratamento com dignidade e respeito, o direito a estar livre de qualquer violência e o direito à autonomia e autodeterminação.

Apesar de, como dissemos, estar ausente a referência expressa à violência obstétrica no ordenamento jurídico português, o art 15º-F da Lei 110/2019 refere que “*Os serviços de saúde devem seguir as recomendações da Organização Mundial da Saúde para uma experiência positiva do parto.*”. Em 2018, a OMS publicou um documento com uma extensa lista de recomendações sobre as intervenções médicas durante o parto. Para este feito, a OMS dividiu o parto em 3 fases, e de forma fundamentada e autónoma concluiu quais seriam as intervenções médicas recomendáveis e não recomendáveis. A OMS durante a primeira fase do parto não recomenda o recurso a amniotomias nem a qualquer tipo de medicação que sirva para alterar o ritmo natural do parto. Durante a segunda fase, também não recomenda o recurso a episiotomias de rotina e a aplicação de pressão manual no útero da parturiente. Os estudos supramencionados evidenciam que estas intervenções continuam a ser realizadas em Portugal apesar da sua execução não ser recomendada e, por vezes, sem o consentimento da mulher, o que agrava naturalmente a situação.

1.2.3 Posição da Ordem dos Médicos Portuguesa

A Ordem dos Médicos tem-se recusado a reconhecer a existência de violência obstétrica em Portugal. O Colégio da Especialidade de Ginecologia e Obstetrícia, ao longo dos anos, tem emitido esclarecimentos e pareceres sobre a “problemática da dita violência obstétrica”²⁰, considerando “inapropriado em países onde se prestam cuidados de saúde materno-infantil de excelência como é o de Portugal”²¹, falar de violência obstétrica, que é um termo exagerado que serve apenas para lançar alarme e medo e afetar a confiança das parturientes e familiares. A Ordem também põe em causa os resultados do Inquérito da Associação portuguesa pelos Direitos da Mulher na Gravidez

²⁰ Esclarecimento ao parecer jurídico a propósito da problemática da dita “Violência Obstétrica” e da publicação da resolução da AR, elaborado pela Ordem dos Médicos a 12 de novembro de 202, disponível em <https://ordemosmedicos.pt> consultado em 2023

²¹ Parecer do Colégio de Especialidade de Ginecologia e Obstetrícia da Ordem dos Médicos sobre o Projeto de lei nº 912.XIV PAN 2021, pág 1 disponível em <https://ordemosmedicos.pt> consultado em janeiro de 2023.

e no Parto por ter sido apenas respondido por 2% das mulheres que tiveram um parto em Portugal, e afirma que os supramencionados inquéritos nada mais são que “opiniões sobre a satisfação de expectativas de participação pessoal, conforto, relações profissionais”²². A mesma entidade acabou, no entanto, por aceitar em 2021, que era consensual entre o conselho de especialidade o uso do termo “maus-tratos obstétricos” em alternativa à “violência obstétrica”, porque o termo violência está associado a “agressão física ou psicológica, na forma de abandono, tortura, espancamento, mutilação ou mesmo homicídio”²³, ao passo que o termo maus-tratos é mais abrangente e mais consentâneo com a realidade dos serviços médicos obstétricos em Portugal. Na ótica desta entidade, o termo maus-tratos abrange “situações de abuso físico ou verbal, falha de prestação de cuidados adequados, negligência, discriminação e/ou recusa de aceitação de autonomia da mulher”. Ora, acaba por revelar-se um pouco contraditório que a entidade que relativiza as estatísticas apresentadas, desconhecendo a existência de casos de verdadeira violência obstétrica, venha posteriormente a defender que o conceito de maus-tratos enquadra melhor a realidade portuguesa, referindo-se exatamente às mesmas condutas que são descritas pelos estudos apresentados.

Para além da discussão em torno do uso do termo violência obstétrica, a Ordem dos Médicos também emitiu no passado pareceres/informações sobre atos médicos específicos nomeadamente o toque vaginal, a manobra de Kristeller, a episiotomia, utilização de fórceps e ventosas e a administração de medicação durante o parto²⁴.

Sobre a episiotomia, a Ordem dos médicos admite que se trata de uma intervenção cuja execução não pode ser rotineira, mas reconhece que é realizada em 20 a 30% dos partos eutócicos não instrumentalizados, podendo duplicar a percentagem no caso de parto eutócico instrumentalizado (a OMS recomenda que esta taxa nunca ultrapasse os 10% a 15%). No estudo publicado pela revista “The Lancet”, a média europeia para este procedimento ronda os 12,5%, encontrando-se os resultados de Portugal perto dos 25%. Este reconhecimento é revelador, mais uma vez, da rejeição por

²² Ibidem, pág. 1.

²³ Informação sobre Violência Obstétrica redigido pelo colégio da Especialidade de Ginecologia e Obstetrícia publicado a 26 de julho de 2021 disponível in <https://ordemdosmedicos.pt/> consultado em janeiro de 2023.

²⁴ De frisar que muitas destas condutas isoladamente podem não configurar uma má prática (particularmente o toque vaginal, utilização de fórceps e ventosas e a medicação), estas intervenções são problemáticas se estivermos perante uma falta de consentimento. No que a episiotomia concerne, quando esta é rotineira configura uma má prática. A manobra de Kristeller é o único ato que inegavelmente é uma violação da *legis artis* por questões já anteriormente explanadas.

parte da entidade que representa os médicos da realidade que é exposta nos vários relatórios realizados sobre o tema.

No que diz respeito à manobra de Kristeller, a Ordem dos médicos começou por emitir, em 2018, um parecer a recomendar a utilização desta manobra “em casos excepcionais”, por não existir evidência científica a comprovar os benefícios ou malefícios desta técnica. Poucos meses depois da publicação deste parecer a OMS publicou as suas recomendações para uma experiência positiva de parto, em que fundamentadamente, desaconselhou o uso de manobra de Kristeller. Em 2019, entrou em vigor a Lei 110/2019 que consagra no seu artigo 15º-F nº 9 que os serviços de saúde devem seguir as recomendações publicadas pela OMS, e em 2021, a Ordem dos Médicos acabou por reprovar a manobra de Kristeller, afirmando que “Esta manobra é perigosa para a mãe e para o feto e é considerada má prática.”²⁵. A verdade é que Portugal apresenta uma taxa de 19,1% de mulheres que foram sujeitas à realização da manobra de Kristeller durante o trabalho de parto. Mais uma vez a Ordem dos Médicos responde, defendendo que esta manobra não pode ser confundida com outras semelhantes, utilizando como exemplo a manobra de Hills Mueller e a manobra de Leopold, que exigem a aplicação de uma ligeira pressão no útero de forma a tentar perceber a posição do feto, e a realização do toque vaginal, ao contrário do que acontece na manobra de Kristeller.

A Ordem também emitiu um parecer sobre o projeto lei nº 912.XIV PAN 2021 apresentado pela deputada independente Cristina Rodrigues. O projeto-lei tinha como objetivo uma maior proteção das mulheres na gravidez e no parto através da criminalização da violência obstétrica. De acordo com o ponto de vista da Ordem, a criminalização proposta apenas iria promover e incentivar uma maior litigiosidade entre profissionais de saúde e grávidas e respetivas famílias. A Ordem reafirmou aqui o seu repúdio relativamente ao uso do termo violência obstétrica, defendendo que “lança alarme, medo e desconfiança sobre as grávidas e as suas famílias e põe em causa os profissionais de saúde que se esforçam por lhes prestar os melhores cuidados possíveis”²⁶. Também rejeitou, mais uma vez, os dados apresentados pelos relatórios

²⁵Esclarecimentos ao parecer jurídico emitido pela Ordem dos Médicos por solicitação do Colégio da Especialidade de Ginecologia e Obstetrícia a propósito de questões decorrentes da problemática da dita “violência obstétrica” e da publicação da Resolução da Assembleia da República 181/2021, de 28/06. <https://ordemdosmedicos.pt> consultado em janeiro de 2023.

²⁶ “Parecer do colégio da Especialidade de Ginecologia e Obstetrícia da Ordem dos Médicos sobre o Projeto lei nº912.XIV PAN 2021 ” consultado em <https://ordemdosmedicos.pt> consultado em janeiro de 2023.

elaborados pela (APDMGP), em que o projeto-lei se baseia. A Ordem não atribui legitimidade aos resultados apresentados pela APDMGP, reduzindo-os a “opiniões de satisfação de expectativas”, que a Ordem diz ter em consideração, mas que não podem ser colocadas no patamar da violência obstétrica. No entanto, aquando da publicação do estudo da revista Lancet e da estreia de uma reportagem que teve por base este estudo, a Ordem exerceu o seu direito à defesa, pondo em causa os resultados apresentados por terem sido recolhidos através de um inquérito *online*. Procedeu à comparação dos resultados apresentados pela revista “The Lancet” com os do Instituto Nacional de Estatística e com os do Consórcio Português de Dados Obstétricos²⁷ e foram apontadas algumas discrepâncias. Apesar de, desta vez, os resultados terem sido apresentados por uma revista científica internacional, também não ficaram isentos de crítica por parte da Ordem dos Médicos. Em resposta ao canal de televisão que exibiu a reportagem em que se afirmou que Portugal teria a terceira taxa mais alta de violência obstétrica na Europa, a Ordem acusou o canal de televisão de ter interpretado mal o estudo, e enalteceu os parâmetros em que Portugal esteve dentro ou acima da média europeia, apelando a uma valorização dos aspetos positivos que também eram evidenciados.

Não deixa de ser curioso ver que, numa primeira abordagem, a Ordem rejeitou o relatório apresentado pela APDMGP por, entre outras razões, não estarem em causa resultados publicados numa revista científica internacional, o que lhe retiraria legitimidade, mas posteriormente, quando o estudo foi publicado por uma revista científica de renome internacional, os resultados continuaram a não ser valorizados, devido aos dados terem sido recolhidos através de um inquérito *online*. Contudo, no que toca aos parâmetros em que Portugal se mostrou na média ou acima da média europeia não têm receio em os mencionar e não lhes apontam qualquer vício. A posição adotada pela Ordem deixa muito a desejar, na medida que a recusa reiterada em admitir a existência da violência obstétrica dificulta bastante encontrar uma solução para o problema.

²⁷ Na carta de defesa redigida pelo presidente do colégio de ginecologia e obstetrícia, quando se apontou as discrepâncias não mencionou o enquadramento temporal dos dados, nem tão pouco citou uma fonte onde se pudesse aceder ao estudo mencionado.

2 Responsabilidade Civil Médica

2.1 Breve menção aos direitos dos pacientes.

Os pacientes têm direito a cuidados de saúde de qualidade – ou seja direito a um tratamento que esteja de acordo com as *leges artis* - direito à informação e ao consentimento, direito à confidencialidade da informação de saúde, e direito à documentação clínica. Apesar de o direito à saúde ser um direito com dignidade constitucional encontrando-se plasmado no art 64º da CRP, os direitos e os deveres dos pacientes também se encontram consagrados na Lei de Bases da Saúde e no Código Penal (CP). Estão igualmente vertidos nas Carta dos Direitos e Deveres dos Utentes “que não tem força vinculativa, mas que tem o mérito elencar de forma compreensiva os fundamentais traços constitutivos da relação médico paciente e sintetiza de forma adequada os direitos e deveres dos pacientes os quais estão consagrados no direito positivo vigente”²⁸. Em relação à violência obstétrica é também importante referir os direitos das parturientes. VÂNIA SIMÕES²⁹ fez um elenco destes direitos, a saber: (1) direito a um parto seguro, assistido e humanizado; (2) direito a decidir sobre o parto-ligar ao consentimento e falar aqui dos planos de parto (3) direito ao alívio de dor (4) direito ao acompanhamento (5) Direito à livre movimentação (6) Direito à amamentação e ao aconchego do bebé (7) Direito à mínima interferência (sempre que possível (8) direito à responsabilização.

2.2 Evolução da relação médico paciente

No Antigo Egipto a prática da medicina estava intrinsecamente ligada à religião, por isso o médico era visto como um sacerdote. O mágico e o supersticioso eram partes integrantes da medicina. A relação médico-paciente era hierarquizada na medida em que se considerava que o médico estava num patamar superior ao do paciente, criando por isso uma relação de paternalismo. O paradigma vem-se a alterar-se na Grécia Antiga, onde a medicina já não estava tão associada à religião, pelo que a relação entre o

²⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias (2014) “Direito dos Pacientes e responsabilidade médica” Tese de doutoramento em Ciências Jurídico-Civilísticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra pág. 324

²⁹ SIMÕES, 2017, Pág 82-87

médico e o paciente passa a assentar na dinâmica de direção-cooperação, “na qual o médico não age sobre um sujeito passivo e sem opinião, mas faz uso do seu conhecimento científico para guiar um doente que é racional e conscientemente coopera com ele em vista a obter um resultado satisfatório”³⁰. Na Europa Medieval, a relação paritária entre o médico e o paciente sofre um retrocesso, e regressa-se à relação vertical entre o médico e o paciente e ao paternalismo médico. Por sua vez, nos finais do séc XVIII, com a revolução francesa, opera o corte com o paradigma da Europa Medieval, e reinstala-se de novo uma dinâmica de cooperação e de rejeição do paternalismo médico. Torna-se evidente que a relação médico-paciente tem vindo a oscilar entre uma relação de autoridade, paternalista, em que o paciente é um sujeito passivo à mercê do livre-arbítrio do médico, e uma relação de colaboração, em que o paciente é parte ativa da relação, dando a sua opinião, e sendo incluído no processo de tomada de decisão.

A relação que é criada entre o médico e o paciente é um elemento crucial na prática médica, acreditando-se que os melhores resultados terapêuticos dependem do sucesso desta relação. É normal que assim o seja, porque o paciente encontra-se muitas vezes numa posição de extrema vulnerabilidade e espera que a atitude do profissional de saúde seja honesta, transparente e respeito os seus direitos fundamentais. Esta relação que tem por base a confiança que o paciente deposita no profissional de saúde não pode ser descurada aos olhos da lei.

Na opinião de SIMON TAYLOR a “opinião atual da relação médico e paciente rejeita o paternalismo médico e espera do paciente um maior envolvimento no que toca à tomada de decisões relativas ao seu tratamento”³¹.

Segundo GUILHERME OLIVEIRA “a responsabilidade de um médico nunca foi uma responsabilidade jurídica como a que hoje conhecemos”³² No entanto atualmente, a responsabilidade civil médica é um tema que ocupa bastante os tribunais portugueses.

³⁰ SILVA, António João Araújo Martins Ribeiro (2016) “A Relação Médico Doente: uma revisão da literatura” Tese de mestrado integrado em Medicina, Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra, pág.5

³¹ TAYLOR, Simon “Shaping the doctor-patient relationship through civil liability law” in *Medical Accident Liability and Redress in English and French Law*, Cambridge University Press, 2015, pág 117

³² OLIVEIRA, Guilherme “O fim da arte silenciosa- o dever de informação dos médicos” in *Revista de Legislação e Jurisprudência* nº 3852 <https://www.guilhermedeoliveira.pt> consultado em janeiro de 2023.

2.3 O surgimento da medicina defensiva

A rejeição do paternalismo médico e o aumento da litigância entre médico e pacientes potenciou a criação daquilo que muitos autores chamam de medicina defensiva. “Este fenómeno da medicina defensiva foi mais frequente em especialidade médicas que implicam riscos superior como sucede com a medicina de urgência, a cirurgia, a ginecologia e obstetrícia”³³. O despoletar desta realidade ocorreu nos anos 70 e 80, nos Estados Unidos da América, em virtude do aumento das ações judiciais. A medicina defensiva consiste na prestação de cuidados médicos ao doente com um desvio em relação ao que é considerado o padrão científico correto, e caracterizado pelo uso excessivo dos recursos técnicos. Segundo JORGE ROSAS DE CASTRO³⁴ a medicina defensiva pode concretizar-se na prescrição em demasia de testes de diagnóstico, no internamento desnecessário do paciente, na colocação deste sob um grau de vigilância mais apurado que o que a situação requereria, no encaminhamento injustificado de paciente para vários médicos da mesma especialidade. Estas práticas envolvem custos financeiros acrescidos e resultam na afetação excessiva de recursos humanos e materiais escassos, culminando na perturbação da capacidade de resposta dos sistemas de saúde. Não constitui medicina defensiva o cumprimento cuidadoso das regras profissionais, o que ocorre, por exemplo, quando um médico, motivado pelo receio de uma futura ação judicial, se mostra mais criterioso do que o normal na inserção da informação do doente em bases de dados, de forma a justificar melhor o caminho terapêutico que venha a adotar. Este procedimento pode mesmo conduzir a um “enriquecer dos elementos a considerar no contexto de novas abordagens terapêuticas”³⁵

2.4 Responsabilidade civil médica

A responsabilidade civil como fonte de obrigações tem uma relevância prática incontornável no domínio da atividade médica. Segundo ANTUNES VARELA “trata-se da figura que depois dos contratos, maior importância prática teoria assume na

³³ CASTRO, Jorge Rosas, “Consentimento informado e Medicina Defensiva, in revista Julgar 2014 especial, pág.208.

³⁴ CASTRO, 2014, pág 209.

³⁵ CASTRO,2014 pág 210.

criação dos vínculos obrigacionais seja pela prática, seja pela frequência, com que nos tribunais são postas ações”³⁶. A responsabilidade civil tanto pode ser contratual como extracontratual³⁷. O critério distintivo do tipo de responsabilidade civil que está em causa assenta na distinta natureza do vínculo que é assumido pelo médico ou pela instituição onde é praticado o ato médico. Em termos gerais, tendo a considerar-se que se o tratamento médico ocorre num hospital ou clínica privada, a responsabilidade tem natureza contratual, e se, pelo contrário, o tratamento é executado num hospital público, a responsabilidade do ente público e dos profissionais de saúde decorre da aplicação da Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro, e é uma responsabilidade civil de natureza extracontratual. Nas palavras de ANDRÉ GONÇALO DIAS PERREIRA³⁸ o sistema de responsabilidade civil portuguesa é complexo, envolvendo a intervenção de tribunais diferentes e de leis distintas, o que resulta em desfechos diferentes para situações materialmente semelhantes decorrentes da prestação de cuidados de saúde. Isto porque na realização de “uma prestação de cuidados de saúde, os bens a proteger são comuns independentemente da natureza jurídica ou privada da relação jurídica”³⁹

2.4.1 Responsabilidade civil médica contratual

A responsabilidade contratual “resulta da violação de um direito de crédito ou obrigação em sentido técnico”⁴⁰. Isto significa que deve preexistir à lesão uma relação que conceda a uma das partes o direito à prestação, ocorrendo a violação do dever na execução da prestação do serviço que, em princípio, ocorre nas clínicas ou em consultórios. Este tipo de estabelecimentos é regulado pela Portaria nº287/2012 de 20 de setembro que estabelece os requisitos mínimos relativos à organização e funcionamento das clínicas e consultórios médicos. À luz da primeira versão deste diploma uma clínica ou um consultório médico eram “as unidades ou estabelecimentos

³⁶ VARELA, João de Matos Antunes, “Das obrigações em Geral” Vol.I 10ª Edição, Almedina, pág 519

³⁷ Sendo que a responsabilidade civil extracontratual ramifica-se em responsabilidade civil extracontratual subjetiva, objetiva e por factos lícitos. No entanto, a presente tese debruça-se, no que toca à responsabilidade civil extracontratual, apenas à responsabilidade civil extracontratual subjetiva.

³⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias “Responsabilidade civil na suade e violação do consentimento informado na jurisprudência portuguesa recente” Revista Julgar nº 42 de setembro a dezembro 2020 pág 129

³⁹ MONGE, Cláudia (2021) “A responsabilidade médica em Hospitais Públicos e em Hospitais privados” in– Responsabilidade Civil em Saúde Diálogo com o Prof Doutor Jorge Sinde Monteiro, Faculdade de Direito Universidade de Coimbra pág. 59.

⁴⁰ COSTA, Mário Júlio Almeida (2016), “Direito das Obrigações” 12ª Edição revista e atualizada, Almedina pág. 539.

de saúde privados que prossigam atividades de prevenção, diagnóstico, tratamento médico e reabilitação, independentemente da forma jurídica e da designação adotadas, no âmbito das competências legalmente atribuídas a cada um dos profissionais envolvidos”. A versão inicial da portaria agregava na mesma definição os dois conceitos, o que veio a modificar-se com a alteração introduzida pela Portaria 136-B/2014 que acabou por distinguir os dois conceitos. A clínica médica define-se por uma “organização médica hierarquizada, onde se procede ao diagnóstico e/ou tratamento de doentes do foro de uma ou mais especialidades médicas e/ou cirúrgicas, onde trabalham vários médicos e outros profissionais de saúde”, enquanto um consultório médico é uma “unidade privada de saúde destinada exclusivamente ao diagnóstico/tratamento em regime ambulatorio de doentes do foro de uma ou mais especialidades médico/cirúrgicas, onde trabalham um ou mais médicos de forma independente e sem estrutura médica hierarquizada”. Evidentemente que esta distinção tem implicações práticas relevantes ao nível da responsabilidade civil. No caso do consultório, o paciente estabelece uma relação com um único médico no contexto da sua prática individual. No caso da clínica, o paciente estabelece, por regra, a relação contratual com o estabelecimento de saúde, podendo também relacionar-se negocialmente com os profissionais de saúde (pode ser só um como também podem ser vários que formam uma equipa multidisciplinar). Em relação aos contratos celebrados no contexto de uma clínica, DANIELA COSTA esclarece que a “clínica não contrata apenas a prestação de serviços médicos (v.g tratamento à doença), obriga-se também ao internamento e cuidados inerentes⁴¹”. Este tipo de contrato é “bilateral, sem regulamentação legal típica, e inclui-se na categoria genérica dos contratos de prestação de serviços, subordinado às regras supletivas do contrato de mandato e enquadrado pelo que consta dos regulamentos deontológicos próprios.”⁴². O conteúdo destes contratos, vai muito para além da prestação de serviços médicos e pode configurar-se como um “ 1) “contrato total”, que é um contrato misto (combinado) que engloba um contrato de prestação de serviços médicos, a que se junta um contrato de internamento (prestação de serviço médico e paramédico), bem como um contrato de locação e eventualmente de compra e venda (fornecimento de medicamentos) e ainda de empreitada (confeção de alimentos); 2) “contrato total com escolha de médico (contrato médico adicional)”, que corresponde a um contrato total mas com a especificidade de haver um contrato médico

⁴¹ COSTA 2018, pág 62

⁴² Ac. TRP datado de 15 de junho de 2022 com o proc.nº14691/17.0T8PRT.P1 in dgsi.pt

adicional (relativo a determinadas prestações); 3) “contrato dividido”, que é aquele em que a clínica apenas assume as obrigações decorrentes do internamento (hospedagem, cuidados paramédicos, etc.), enquanto o serviço médico é direta e autonomamente contratado com o médico (atos médicos)”⁴³.

2.4.2 Responsabilidade civil médica extracontratual

A responsabilidade civil extracontratual médica decorre da violação de direitos absolutos do doente ou da violação de normas legais ou regulamentares (facto ilícito) e existe independentemente de qualquer relação pré-existente entre o credor e o devedor.

A responsabilidade civil extracontratual do estado e demais pessoas coletivas de direitos publico encontra-se consagrada na Lei 67/2007 de 31 de dezembro. Esta lei estabelece os parâmetros que regem o ressarcimento de danos emergentes da atividade legislativa, jurisdicional e administrativa. As suas disposições tanto se aplicam aos titulares de órgãos, funcionários e agentes públicos, como aos demais trabalhadores ao serviço das atividades abrangidas. O conteúdo dos artigos 7º, 9º e 10º, desta Lei coincide em grande parte com os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos do art 483º CC. A maior parte da doutrina tem entendido que entre o paciente e a unidade pública de saúde inexistente uma “relação contratual argumentando que no quadro desta relação não se materializa um qualquer acordo de vontades pelo que cai a bilateralidade própria dos contratos”⁴⁴, apenas restando a hipótese da responsabilidade extracontratual do prestador de cuidados de saúde. O direito à saúde está consolidado na Constituição da República no art 64º que consagra que “Todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promove” através de “um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito”. Não existindo, por isso, nenhum vínculo obrigacional entre as partes. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ defende a aplicação da responsabilidade extracontratual por estarem em causa a proteção de direitos subjetivos absolutos sendo que na opinião da autora “não persistem dúvidas de que a lesão de direitos de personalidade verificada neste âmbito conduz ao enquadramento na segunda categoria”⁴⁵, sendo que esta segunda categoria é a

⁴³ Ac. TRC datado de 11 de fevereiro de 2020 com o proc. nº 3670/18.0T8VIS.C1 disponível in dgsi.pt

⁴⁴ COSTA, 2018, pág 39.

⁴⁵ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves “Quando caem em desgraça os discípulos de Hipócrates ... Algumas questões sobre a responsabilidade civil médica na Administração” Cadernos de Justiça Administrativa nº

responsabilidade extracontratual. Outros autores aliam-se à autora na defesa de que a responsabilidade de instituições públicas de saúde é de natureza extracontratual.

Existem, no entanto, autores que defendem que a responsabilidade civil médica no âmbito da atividade nas instituições de saúde pública, é também de natureza contratual. CLÁUDIA MONGE defende não se pode afastar a “existência de um concurso de títulos de imputação quanto à incidência de um dano decorrente de um facto ilícito praticado no exercício da função administrativa de prestação de cuidados de saúde”⁴⁶. Esta autora considera que não deve ser vedada ao lesado a invocação do concurso entre o diploma que regula a responsabilidade civil do Estado e demais pessoas coletivas de direito público e o regime da responsabilidade civil contratual plasmado no Código Civil. A posição destes autores justifica-se porque a responsabilidade civil contratual é mais favorável ao lesado no que concerne ao prazo de prescrição e do ónus da prova, cabendo esta integralmente ao lesado no quadro da responsabilidade extracontratual (art 487º nº1 CC) ao contrário do que sucede na responsabilidade contratual em que se presume a culpa do devedor (art 798º nº1 CC)⁴⁷, muito embora esta desvantagem esteja atenuada no caso da Lei da responsabilidade civil extracontratual do Estado que também estabelece uma presunção de culpa leve relativamente aos factos ilícitos praticados pelo funcionário do Estado. Os prazos prescricionais também são muito distintos e mais favoráveis no caso da responsabilidade civil contratual. Independentemente do mérito dos argumentos avançados por estes autores, é regra na jurisprudência nacional que a “responsabilidade civil decorrente de factos ilícitos imputados a um Hospital integrado no Serviço Nacional de Saúde não tem natureza contratual, sendo-lhe aplicável o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos⁴⁸.”

A maior parte das ações de responsabilidade civil médica decorre do erro ou má prática médica e/ou da violação das regras de obtenção do consentimento informado. A responsabilidade civil médica baseada em falhas de execução ou de diagnóstico tem por objetivo “tutelar a saúde e a vida do paciente⁴⁹” enquanto as ações que têm por

50 (março-abril de 2005), pág 15.

⁴⁶ MONGE,2021, pág.78

⁴⁷Os prazos prescricionais também são bastantes distintos, o prazo prescricional da responsabilidade civil aquiliana é de 3 anos ao passo que a da responsabilidade contratual é de 20 anos. Esta menção é meramente demonstrativa de que a responsabilidade contratual se revela mais favorável para os lesados.

⁴⁸ Ac. do STA proc nº0445/13 de 16-01-2014 in dgsi.pt

⁴⁹ Revista do Supremo Tribunal de justiça N°711/10.2tvprt- 1ªsecção de 14-12-2021 disponível em <https://www.stj.pt>

fundamento a violação do consentimento informado visam preservar o direito à autodeterminação do doente na escolha dos cuidados de saúde.

2.4.3 Responsabilidade civil com base em má prática médica

A má prática médica como facto que desencadeador da responsabilidade civil médica decorre da violação das *leges artis* médicas. As *legis artis* médicas referem-se ao “conjunto de regras científicas e técnicas e princípios profissionais que o médico tem a obrigação de conhecer e utilizar tendo em conta o estado da ciência e o estado concreto do doente”⁵⁰. Segundo ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES⁵¹ o erro médico “pressupõe desconhecimento da realidade (ignorância) ou a deformação da imagem da realidade de consciência do agente (erro intelectual ou de percepção) ou, então, pode consistir numa *aberratio ictus* ou erro na execução, vulgarmente conhecido como acidente ou falha humana”. Por seu turno JOSÉ FRAGATA faz uma distinção entre o “erro médico honesto”⁵² que tem a sua origem na própria natureza humana, na medida em que o profissional de saúde é um ser humano e por isso irremediavelmente está sujeito a errar, e o “erro “desonesto” que assenta na violação das *leges artis*, e que o autor considera indesculpável quando pudesse “ser evitado se as regras definidas (estado de arte) tivessem sido seguidas”. As *leges artis*, que incluem as regras do código deontológico dos médicos, os pareceres da Ordem dos Médicos (incluindo aqui os pareceres colegiais das especialidades), os protocolos, as recomendações, *guidelines* e entre outras, constituem o conjunto de regras que auxilia o tribunal a cumprir a árdua tarefa de determinar se o médico obedeceu ao “padrão médio de comportamento”, que permite afastar a sua responsabilidade⁵³.

Ao analisar a culpa nos casos de responsabilidade civil médica por má prática médica temos que “incluir na culpa não apenas a falta de cuidado, zelo, de aplicação (a incúria, o desleixo, a precipitação, a leviandade ou ligeireza) mas também a falta de senso, de perícia ou aptidão (a incompetência, a incapacidade natural, a inaptidão, a inabilidade)”⁵⁴. De acordo com o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça datado de 15-12-2020, Proc. nº765/16.T8AVR.P1.S1 “a responsabilidade médica (...) por violação

⁵⁰ Ac. TRL proc. nº 1490/09.1TAPTML1-3 de 16-12-2015 in dgsi.pt

⁵¹ RODRIGUES, Álvaro da Cunha “Responsabilidade civil por erro médico: esclarecimento/consentimento do doente” Revista do CEJ 2º semestre 2011 nº 16 página 21.

⁵² *Cit.por.* RODRIGUES, Álvaro da Cunha “responsabilidade civil por erro médico: Esclarecimento/consentimento do doente” Revista CEJ 2º semestre nº16 pág.13

⁵³ Ac. do STJ datado de 15-12-2020 com o proc. nº765/16.T8AVR.P1.S1

das *leges artis* tem lugar quando, por indesculpável falta de cuidado, o médico deixe de aplicar os conhecimentos científicos e os procedimentos técnicos que razoavelmente, face à sua formação e qualificação profissional lhe eram de exigir: a violação do dever de cuidado pelo médico traduz-se precisamente na preterição das *leges artis* em matéria de execução de intervenção⁵⁵. É a partir daqui que os tribunais constroem o conceito do “verdadeiro dever objetivo de cuidado ou de diligência, mais ou menos qualificado, no cumprimento das regras aceites e conhecidas da ciência da medicina e da arte traduzida na prática médica (*leges artis*), como critério de ilicitude⁵⁶”.

Regressando ao caso que nos ocupa, que constitui má prática médica e não um caso de erro ou de negligência, a Ordem dos Médicos emitiu um parecer em 2021 sobre a “problemática da dita “violência obstétrica””, e com o objetivo de definir o “o estado da arte médica” e de consolidar uma espécie de *soft law* sobre as práticas obstétricas. Neste parecer, a Ordem dos Médicos analisou determinados procedimentos médicos, nomeadamente a Manobra de Kristeller, a cesariana, os toques vaginais, e a episiotomia, entres outros. Este parecer considerou a Manobra de Kristeller uma má prática obstétrica, admitiu que a episiotomia não deve ser um procedimento rotineiro, e que a frequência e a conveniência da realização de toques vaginais deve variar consoante os casos.

2.4.4 Responsabilidade civil médica com base na falta de consentimento

A Convenção de Oviedo consagra no seu artigo 5º que “qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido”. Esta exigência também consta de outros documentos legais vigentes no ordenamento jurídico nacional, como o Código Civil (nos art 70º, 81º e 340º), o Código Penal (arts. 156º e 157º) e o Estatuto da Ordem dos Médicos (art 135º).

Nem sempre o consentimento informado, livre e esclarecido foi merecedor da atenção que recebe atualmente. Estando intrinsecamente ligado à ideia do paternalismo médico, o desprezo pela necessidade do consentimento reinou na segunda metade do séc.XX. Esta vertente paternalista da atividade médica deve-se muito à valorização da

⁵⁴ PEREIRA, André Gonçalo Dias (2007) “Breves notas sobre a responsabilidade médica em Portugal”, Revista Portuguesa do Dano Corporal, nº17 pág. 15.

⁵⁵ Ac. do STJ datado de 15-12-2020 com o proc. nº765/16.T8AVR.P1.S1

⁵⁶ Ibidem.

“dedicação quase “sacerdotal” e do empenho exclusivo do médico no bem do doente, menorizando a participação deste em todo o processo terapêutico, o que ceceou durante séculos a autonomia e a liberdade desse mesmo indivíduo/doente”.⁵⁷No entanto, como foi mencionado anteriormente, este paradigma alterou-se, constituindo hoje em dia a intervenção do paciente e a manifestação da sua autonomia através do consentimento informado uma parte fulcral do procedimento médico. HIGINA CASTELO⁵⁸ defende que a positivação do dever de obter o consentimento informado foi o culminar de um longo processo, iniciado, e em parte desenvolvido num tempo em que a medicina ainda era imune à ideia de responsabilidade. Todavia, esta mudança de paradigma enfrentou (e enfrenta) alguma resistência porque é “frequente vermos associado ao consentimento informado a existência de um dilema ético resultante da tensão entre o princípio da beneficência⁵⁹ (do médico) e o princípio da autonomia (do paciente)”. A exigência da existência de um consentimento informado, livre e esclarecido, obriga à criação de um canal de comunicação entre o profissional e o doente que tem de respeitar determinados critérios. Apenas através deste canal de comunicação é que se conseguirá “impor o princípio da autodeterminação e do respeito pela integridade física e moral do paciente, só o consentimento devidamente esclarecido permite transferir para o paciente os referidos riscos que de outro modo vão ser sempre suportados pelo médico⁶⁰”. Segundo o entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça o “consentimento só é valido se for livre e esclarecido, isto é, se forem fornecidos ao doente todos os elementos que determinaram a consentir na intervenção médica que contratou.”⁶¹. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA⁶² e WOLFGANG FRISCH⁶³ afirmam que o instituto do consentimento informado visa permitir que o paciente decida se pretende ou não consentir numa intervenção que lhe é proposta tendo em conta o seu sistema de valores. O conteúdo do esclarecimento tem que incluir informação sobre “a própria intervenção planeada, sua envergadura e consequências bem como sobre os riscos

⁵⁷ MARQUES, Paula Alexandra A. Ribeiro (2002) “O consentimento informado: o fim do silêncio”, <https://rr.esenfc.pt> pág. 42

⁵⁸ CASTELO, Higinia “Informação e consentimento informado como declarações contratuais; relevância em situações de incumprimento” Revista do Ministério Público 16: Julho/Setembro, 2021 pág. 69

⁵⁹ A autora define este princípio da beneficência como a obrigação moral do profissional de saúde em agir em benefício dos outros. Este princípio também tem a vertente negativa de não infligir um dano intencional ao paciente (não-maleficência). Ambas tem que estar presente no exercício de profissionais de saúde.

⁶⁰ PEREIRA, André Gonçalo Dias (2008) “Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e do nexos de causalidade” <https://estudogeral.uc.pt> consultado em fevereiro de 2023.

⁶¹ Ac. do STJ datado de 18-03-2010 com o proc.nº 301/06.4TVPR.T.P1.S1 in dgsi.pt

⁶² PEREIRA, 2008, pág. 7

⁶³ FRISCH, Wolfgang “Consentimento e consentimento presumido nas intervenções médico-cirúrgicas” in Revista Portuguesa da Ciência Criminal ano 14 nº1 e 2 Jan a Julho 2004 pág 78

(específicos) que lhe andam associados (...) será também de saber que razões aconselham aquela intervenção”⁶⁴. Também é necessário que a informação seja transmitida de forma clara e com uma linguagem acessível para que o paciente (leigo ou pessoa simples) consiga compreender e avaliar de forma a consentir ou não a intervenção. Nesta senda, “não se requer, da parte do médico, uma dissertação técnico-científica sobre a moléstia e o tratamento do paciente nem é aconselhável o uso de terminologia técnica ou uma linguagem hermética inacessível à generalidade das pessoas”⁶⁵. A essencialidade do consentimento informado prende-se com uma eventual exclusão da ilicitude, pois “o direito subjetivo constitui um instrumento de proteção de certos interesses, que a lei coloca à disposição do respetivo titular, se este consente na lesão do interesse, cessa a razão de ser da indemnização concedida através da responsabilidade civil”⁶⁶. A “lesão” aqui em causa seria a ofensa à integridade física do paciente, no entanto e segundo WOLFGANG FRISCH⁶⁷ o consentimento a uma intervenção que seja prestado por um paciente capaz é o que assegura a exclusão da ilicitude do ato. No entanto a exigência não se cinge apenas à existência do consentimento, o conteúdo deste é crucial para se determinar a (in)validade, pois “um tratamento não apresenta apenas aspetos positivos e não se revela isento de riscos ou incertezas”⁶⁸. Por conseguinte, o consentimento tem que incluir não só as vantagens, mas também possíveis efeitos colaterais e consequências da intervenção. Inclui-se nesta problemática a teoria dos riscos significativos, segundo a qual o profissional de saúde tem que comunicar ao paciente os principais riscos que se mostrem pertinentes para uma pessoa normal colocada naquelas circunstâncias. Recorrendo aos ensinamentos que constam do sumário do Ac. do STJ de 02-12-2020 “o conhecimento da gravidade dos riscos e do seu carácter significativo constitui um elemento que é controlado pelo médico especialista, que se presume dominar as *leges artis* e o estágio da ciência, devendo, portanto, ser ele a demonstrar que, ou forneceu a informação completa à paciente, ou que não a forneceu porque não existia à data qualquer conhecimento médico e farmacêutico sobre os riscos que vieram a verificar-se, sendo imprevisível a

⁶⁴ FRISCH, 2004 pág 78

⁶⁵ RODRIGUES, Álvaro da Cunha, “Responsabilidade civil por erro médico: esclarecimento/consentimento do doente” in Revista do CEJ 2º semestre 2011 nº16 pág 32

⁶⁶ VARELA, João de Matos Antunes “Das Obrigações em Geral” Vol.I 10ª edição, Almedina, 2000 pág 501

⁶⁷ FRISCH,2004, pág 70

⁶⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias 2005 “O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica” em Responsabilidade civil dos médicos: integrado no projecto de investigação bianual responsabilidade civil dos médicos, Coimbra Editora, Coimbra, pág.441

ocorrência das infecções sucessivas verificadas no rosto da paciente.” ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA⁶⁹ divide esta teoria em quatro critérios que devem pautar a atuação do profissional de saúde que tem de obter o consentimento informado de um paciente. Primeiramente, o profissional de saúde tem que definir o risco significativo em razão da necessidade terapêutica da intervenção, ou seja, quanto mais necessária é a intervenção mais flexível se torna o dever de informar. O dever de informar é mais rigoroso quanto mais “frívola” for a intervenção⁷⁰. O acórdão anteriormente citado vai neste sentido ao afirmar que o dever de informar dos médicos nas cirurgias estéticas é “mais exigente e rigoroso do que na cirurgia curativa ou assistencial e abrange riscos significativos e graves, mesmo que raros”. Posteriormente o médico também deve ter em conta o risco significativo em razão da sua frequência, este critério é simples na medida de que quanto mais recorrente for a concretização de determinado risco, maior é a necessidade de informar. O autor chama a atenção para o facto de que apesar de um risco poder ser de importância diminuta isso não altera em nada a obrigação de informar se esse se mostrar frequente. A avaliação de um risco não é feita em abstrato, mas antes olhando para os circunstancialismos que rodeiam o paciente. Concretizando e trazendo à colação o Ac. do STJ de 22-03-2018⁷¹ em que a discussão que foi trazida aos autos estava relacionada com uma perfuração no intestino durante a realização de uma colonoscopia. O paciente, à data do exame teria 83 anos, o que implicava um maior risco de perfuração do colon, foi dado como provado que o paciente teria sido informado sobre os riscos comuns da perfuração, no entanto o Tribunal considerou que nesta situação os riscos eram superiores aos normais e por isso era imperativo um dever de informação mais aprofundado. Atendendo às circunstâncias em que o paciente se encontrava, nomeadamente a sua idade avançada, o Tribunal considerou que o dever de informação tem de ser mais completo, independentemente de abstratamente o risco ser menos provável. Também terá que se ter em conta o risco significativo em razão da sua gravidade. Logo uma maior gravidade da consequência, independentemente da frequência, impende sobre o médico a obrigação de informar. Por último, o risco significativo varia em razão do comportamento do paciente. Isto realça o substrato pessoal e subjetivo da relação médico-paciente na medida em que a importância do risco varia consoante os condicionalismos do paciente em concreto (hábitos

⁶⁹ PEREIRA, 2005, pág 445

⁷⁰ A contrário, quanto mais essencial se mostrar a intervenção menos exigente se torna o dever de informar, isto ganha especial relevo quando se está perante uma situação urgente.

⁷¹ Ac. do STJ datado de 22-03-2018 com o proc n°7053/12.7TBVNG.P1.S1

quotidianos, profissão, historial familiar, etc). Estes fatores podem ser o suficiente para fazer com que o dever de informação tenha que ser mais aprofundado e acautele para a probabilidade do surgimento de inconveniências diferentes.

Transparece dos estudos levados a cabo sobre violência obstétrica que a realização de atos como as episiotomias e a utilização de ventosas e fórceps, tem lugar muitas vezes sem qualquer pedido de consentimento da mulher, na medida de que as parturientes apenas têm conhecimento do ato médico após este já ter sido iniciado ou realizado.

3 Orientações da ONU e da U.E e a hipótese legislativa sobre a VO

3.1 Posição da ONU e da União Europeia face ao fenómeno da Violência Obstétrica

A violência obstétrica não é um problema exclusivamente português, mas afeta vários países independentemente do seu grau de desenvolvimento. A Organização das Nações Unidas (ONU) elaborou em 2019 um relatório sobre a violência contra as mulheres, as suas origens e consequências na perspetiva de direitos humanos. Por sua vez, a União Europeia, através do Parlamento Europeu, procedeu à publicação de uma resolução a apelar aos Estados-Membros para procederem à criação de medidas e estratégias que ajudem a mitigar a violência obstétrica.

3.1.1 ONU: A human rights-based approach to mistreatment and violence against women in reproductive health services with focus on childbirth and obstetric violence

O relatório apresentado a 11 de julho de 2019 pela ONU teve como objetivo analisar as inúmeras formas de violência praticadas contra as mulheres nos serviços de saúde dos vários países e que comprometem os direitos humanos. O relatório concluiu que os maus-tratos e a violência contra os direitos reprodutivos das mulheres ocorrem num contexto de desigualdade estrutural e de discriminação, e estão relacionados com modelos de patriarcado. Constatou-se, através das várias queixas que foram apresentadas, que estes comportamentos ocorrem em todo o mundo e afetam mulheres de todos os estratos sociais. Ao longo deste documento são mencionados e analisados os atos médicos já mencionados anteriormente, como a episiotomia, a manobra de Kristeller, a violação do consentimento informado, abuso verbal e emocional. É sublinhado que “o consentimento informado para a realização de um tratamento médico relacionado com a saúde reprodutiva e o parto constitui um direito humano fundamental”⁷². Aos olhos das ONU o consentimento informado é “um processo de

⁷² “A human rights-based approach to mistreatment and violence against women in reproductive health services with focus on childbirth and obstetric violence” United Nations Special Rapporteur de 11 de julho de 2019, pág 12.

comunicação e interação permanente entre paciente e profissional de saúde”⁷³. Apela-se à adoção de uma atitude proativa por parte dos profissionais de saúde no que concerne ao fornecimento de informações pelo doente. O relatório conclui que os Estados-membros têm a obrigação de respeitar, proteger e cumprir os direitos humanos das mulheres, entre os quais o direito de receber cuidados médicos relacionados com a saúde reprodutiva, dignos e livres de qualquer tipo de violência. Enfatiza ainda que os Estados-membros devem estudar o problema da violência obstétrica procurando adotar estratégias para alcançar uma prestação de cuidados médicos relacionados com a saúde reprodutiva feminina e parto livre de violações de direitos humanos.

3.1.2 Posição da União Europeia: Resolução 2306/2019 do Parlamento Europeu sobre violência obstétrica e ginecológica.

“A agência para os Direitos Fundamentais da União Europeia reconhece que uma em cada três mulheres na União Europeia é vítima de violência de género”⁷⁴. Através desta Resolução o Parlamento apela aos Estados-Membros para garantirem que os cuidados médicos são prestados de acordo com os direitos humanos, respeitando a dignidade humana durante o parto, consultas ou qualquer outro tipo de tratamento. Esta resolução encoraja o cumprimento das recomendações da OMS para uma boa experiência de parto e a dinamização de campanhas informativas sobre os direitos dos pacientes. A Resolução realça também a importância de formações específicas para a especialidade de obstetrícia sobre a violência obstetrícia e ginecológica.

Neste sentido, a Resolução propõe a criação de mecanismos específicos para analisar e investigar as queixas de violência obstétrica e de sanções para os profissionais de saúde na eventualidade de se provar a existência de algum comportamento reprovável. Este tema já chegou a ser debatido nos Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), primeiramente com o caso C.V v Eslováquia⁷⁵ em 2012 e posteriormente com o caso Konovalova v Rússia⁷⁶ em 2015. No primeiro caso, o

⁷³ Ibidem pág 13

⁷⁴ Resolução 2306/2019 do Parlamento Europeu “obstretic and gynaecological violence” de 3 de outubro de 2019 consultada em <http://assembly.coe.int>

⁷⁵ TEDH caso C.V v Eslováquia de 8 de fevereiro de 2012 proc. n° 18968/07 disponível em <https://hudoc.echr.coe.int>

⁷⁶ TEDH caso Konovalova v Rússia de 16 de maio de 2015 proc n° 37873/04 disponível em <https://hudoc.echr.coe.int>

Tribunal condenou a Eslováquia ao pagamento de uma indemnização à autora, tendo considerado que a esterilização realizada à mulher após o seu trabalho de parto tinha sido realizada sem o seu consentimento. Neste caso, levantou-se também a questão da discriminação étnica visto que a autora integrava a comunidade cigana do país, mas o Tribunal, à luz da informação a que teve acesso, considerou não existir prova para afirmar a existência deste tipo de motivação, embora tenha considerado que existiam lacunas na lei eslovaca capazes de prejudicar os membros das comunidades cigana instaladas no país. No caso *Konovalova v Rússia*, o Tribunal condenou a Rússia ao pagamento de uma indemnização à Autora pela violação do direito à privacidade. Neste caso, o hospital impôs à autora a presença de estudantes de medicina durante o seu parto. A informação teria sido dada à autora como se de uma obrigação se tratasse. Ademais esta informação teria sido comunicada à Autora quando esta estava medicada, estando o seu discernimento severamente afetado. Estes são apenas dois exemplos da jurisprudência do TEDH que são exemplificativos da dimensão deste problema e da urgência de medidas para combater este flagelo.

3.2 A realidade portuguesa: análise e proposta de solução

A Lei 15/2014 veio consolidar a legislação em matéria de direitos e deveres dos utentes, tendo como principal objetivo enumerar de forma clara os direitos e os deveres do utente no serviço nacional de saúde. Em relação ao tema em análise, a primeira versão desta Lei apenas se debruçou sobre o direito a acompanhamento da mulher grávida durante o parto, mas o diploma veio posteriormente a sofrer alterações através da Lei 110/2019, que introduziu os princípios, direitos e deveres aplicáveis em matéria de proteção na preconceção, na procriação medicamente assistida, na gravidez, no parto, no nascimento e no puerpério. Imediatamente numa primeira abordagem, demonstrou ser uma lei bastante positiva na medida que incluiu os vários momentos da gravidez desde a preconceção até ao puerpério. Esta nova alteração faz várias vezes menção às orientações da Organização Mundial da Saúde pugnando por uma atuação médica em respeito das mesmas. Ao longo dos artigos 15º-A a H são elencados os vários direitos e deveres da mulher e acompanhante ao longo da gravidez desde a preconceção ao puerpério.

3.3 Comentário do projeto-lei apresentado na Assembleia da República

O tema da violência obstétrica foi trazido à consideração da Assembleia da República pela deputada independente Cristina Rodrigues a 14 de julho de 2021. O projeto de lei que foi apresentado nesta data propõe a criminalização da violência obstétrica, a alteração do Código Penal, e da Lei 15/2014, anteriormente mencionada. A alteração ao Código Penal consistiria no aditamento do art 144º-A, a que se acrescentaria um número de modo a incluir as intervenções médicas que se consubstanciem na mutilação genital feminina⁷⁷. A mudança de lei proposta também incluiria a criação de um art 166º-A com a epígrafe “Violência obstétrica”. Este crime seria de natureza semipública e aplicaria pena de prisão até um ano ou pena de multa a quem “sujeitar mulher, durante o trabalho de parto, parto ou puerpério, a violência física ou psicológica, que lhe cause dor, dano ou sofrimento desnecessário ou limite o seu poder de escolha e de decisão”⁷⁸. A pena seria agravada em 1/3, nos seus limites máximos quando estivessem em causa pessoas especialmente vulneráveis, na presença de nado morto ou de interrupção de gravidez e contra migrantes e refugiadas. A alteração à lei 15/2014 consistiria na inclusão no artigo 15º-A da definição de violência obstétrica e na caracterização como mutilação genital feminina da episiotomia realizada em justificação médica.

Apesar de se reconhecer mérito a esta proposta, não consideramos que este seja o caminho mais adequado a trilhar em defesa da proteção das mulheres na gravidez. O projeto-lei inicia com a definição e o enquadramento nacional da violência obstétrica. A contextualização oferecida mostra-se bastante completa, fazendo referência a estatísticas retiradas de vários estudos, ao relatório das ONU e às recomendações das OMS. A criminalização da violência obstétrica, como medida única, tememos que seja uma solução incompleta. Indo no sentido do parecer proferido pela Ordem dos Advogados sobre o projeto-lei a pedido da comissão de assuntos constitucionais, direitos, liberdades e garantias da Assembleia da República “qualquer intervenção que

⁷⁷ “As intervenções levadas a cabo por médico ou por outra pessoa legalmente autorizada que resultem na mutilação genital de pessoa do sexo feminino, em violação das *leges artis* e criando, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde, são punidas com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal.”

⁷⁸ Proposta de projeto de lei nº 912/XIV/2ª apresentada pela Deputada Independente Cristina Rodrigues apresentada a 14 de julho de 2021.

não seja clinicamente necessária é susceptível de constituir má prática, sancionável nos termos do disposto no art. 156.º do código penal. sendo certo que, muitas das outras condutas contempladas no projecto de Lei em análise, também se encontram abrangidas no quadro normativo vigente.”⁷⁹. O problema da violência obstétrica iria irremediavelmente esbarrar com as mesmas dificuldades que as demais ações de responsabilidade médica enfrentam, o ónus da prova. Ademais não se vislumbra em que medida é que uma criminalização da violência obstétrica (com a redação apresentada no projeto-lei) oferece uma proteção adicional à do artigo 156º do Código Penal. A redação proposta pela deputada Cristina Rodrigues concede dignidade penal à problemática, mas não vai para além disso.

3.4 Proposta alternativa

3.4.1 O plano de parto (ou de nascimento)

O plano de parto encontra-se consagrado na lei 15/2014 no art 15º-E, e consiste num plano elaborado pela grávida onde “são expressas vontades e preferências relativamente ao tipo de envolvimento pessoal e à assistência clínica durante o trabalho de parto e o nascimento”⁸⁰. Deste plano de parto devem constar informações como o local do parto, acompanhamento, que tipo de procedimentos de rotina se pretende que sejam realizados⁸¹, e se se deseja algum tipo de intervenção para acelerar ou induzir o parto, entre outras. A realização do plano de parto potencia a comunicação entre os profissionais de saúde e a grávida. A elaboração deste plano obriga por um lado, o profissional de saúde a entender e gerir as expectativas da paciente ao longo da gravidez, e por outro lado, permite à grávida, atempadamente, assimilar e analisar as circunstâncias específicas da sua gravidez e escolher que procedimentos deseja ver realizados no momento do seu parto. O estudo desenvolvido pela APDMGP⁸² demonstrou que 81% das mulheres inquiridas não realizaram o plano de parto. Das mulheres que o apresentaram, uma maioria, ainda que não seja muito expressiva,

⁷⁹ Parecer da Ordem dos Advogados sobre o projeto de decreto-Lei n.º 912/XIv/2.º, que visa reforçar a proteção das mulheres na gravidez e parto através da criminalização da violência obstétrica publicado a 2 de setembro de 2021.

⁸⁰ Direção Geral de Saúde (2020) – Cursos de preparação para o parto e parentalidade (CPPP) e cursos de recuperação pós-parto (CRPP) pág. 12

⁸¹ A tricotomia, a limpeza intestinal ou a canalização de veia são procedimentos de rotina em vários hospitais.

⁸² Associação Portuguesa pelos Direitos da Mulher na Gravidez Parto ”Inquérito experiências de parto em Portugal” 2ª Edição 2015-2019, <https://associacaogravidezparto.pt> consultado em fevereiro de 2023.

discutiu o plano previamente com os profissionais de saúde das unidades médicas onde iria decorrer o parto. O mesmo estudo demonstrou que quando o plano de parto é apresentado e discutido previamente com as equipas tem tendência a ser cumprido. Este é um excelente indicativo que comprova o que vimos a defender: quando existe abertura para a comunicação entre paciente e profissional de saúde, as expectativas da paciente são melhor geridas, as suas preferências têm tendência a ser realistas, e por isso, acolhidas.

3.4.1.1 Ónus da prova nas ações de responsabilidade civil médica

O peso do ónus da prova numa ação de responsabilidade civil médica vai depender naturalmente do tipo de ação que está em causa. Em primeiro lugar, é necessário distinguir se se trata de uma ação de responsabilidade civil extracontratual (por força da Lei 67/2007 de 31 de dezembro) ou de responsabilidade civil contratual (no caso dos atos médicos terem sido executados numa clínica ou consultório privado).

A prova nas ações de responsabilidade civil médica contratual rege-se pelos arts 798º e 799º do CC. Este último consagra a presunção de culpa do devedor da prestação (médico), tendo este que demonstrar, de forma a ilidir esta presunção, que a sua ação foi pautada pelo cumprimento das *leges artis*. Este regime, como já foi mencionado anteriormente, é mais benéfico para o paciente visto que o ónus de prova da culpa não recai sobre si.

Quando os atos médicos são realizados num hospital público existe uma presunção de culpa plasmada na supramencionada Lei 67/2007. No seu artigo 10º nº2 lê-se que “presume-se a existência de culpa leve na prática de actos jurídicos ilícitos.”. Esta presunção opera mediante a confirmação da existência do ato jurídico ilícito, *in casu* má prática ou violação do consentimento informado. Logo, a prova dos demais requisitos da responsabilidade civil médica recai sobre o paciente. Inevitavelmente isto culmina num encargo com o ónus da prova mais pesado para o autor da ação, neste caso o paciente. O ónus da prova é a pedra angular da ação, sendo determinante para a resolução de qualquer litígio, especialmente nas ações de consentimento informado. Baseado nisto, a doutrina e a jurisprudência portuguesa consideram que a prova do consentimento informado não recai sobre o autor (paciente) mas sim sobre o réu (médico). Neste sentido e socorrendo-nos dos ensinamentos do Supremo Tribunal de

Justiça⁸³ “apesar das regras do ónus da prova, por força do princípio da colaboração processual, deve exigir-se que cada uma das partes forneça ao processo os elementos em cuja obtenção tem mais facilidade. Este princípio é relevante, sobretudo, quando se trata da prova da falta de informação, admitindo-se, neste contexto, a prova pelo recurso a presunções judiciais ou de experiência. A mitigação do ónus da prova do médico, no contexto de incumprimento do dever de informação, pode explicar-se pela necessidade de evitar uma medicina defensiva, que transforme a relação médico-paciente numa relação burocratizada, com perda de humanidade e de empatia com o doente. Mas não se justifica quando está em causa o ónus da prova do consentimento.”. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA⁸⁴ vai neste sentido adicionando que estamos perante a prova de um facto negativo, em que esse *non facere* não é demonstrável por processos mecânicos, físicos ou químicos. O cumprimento do dever médico de obter o consentimento (dos conselhos, das indicações e informações) não é palpável. Em países de Direito Continental⁸⁵, a regra é precisamente esta, o ónus da prova do consentimento informado recai sobre o médico. Os argumentos utilizados são “a impossibilidade de provar um facto negativo (não ter sido informado); o consentimento informado é uma causa de justificação que exclui a ilicitude da violação da integridade física, pelo que a parte que usa essa defesa (facto impeditivo) deve alegar e provar que se verifiquem os seus requisitos e a ideia da igualdade de armas do processo e de igualdade na aplicação do direito”⁸⁶. Esta posição da doutrina e da jurisprudência portuguesa mostra-se bastante positiva na medida que ameniza bastante o encargo com o ónus da prova que recai sobre o paciente.

3.4.1.2 Proposta de solução alternativa à criminalização

Em alternativa à criminalização da violência obstétrica, o que se propunha seria uma terceira alteração à Lei 15/2014 de 21 de março. Como já foi mencionado anteriormente, esta lei no seu artigo 15º-E prevê o plano de nascimento (ou plano de parto). Estudos também já mencionados demonstraram que o plano de nascimento é

⁸³ Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 02-06-2015 com o proc. nº 1263/06.3TVPR.T.P1.S1 in dgsi.pt

⁸⁴ PEREIRA, André Gonçalo Dias (2008) “Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e do nexo de causalidade” <https://estudogeral.uc.pt> consultado em fevereiro de 2023.

⁸⁵ Países como a Áustria, Alemanha, França, Bélgica e Espanha. Em sentido oposto, na Inglaterra é o paciente que tem que demonstrar que o consentimento não foi prestado ou que foi prestado de forma incompleta.

⁸⁶ *Ibidem*

respeitado quando é discutido com a equipa de profissionais de saúde aquando da sua elaboração. Daqui pode-se extrair que os profissionais de saúde respondem positivamente ao plano de parto.

A nossa proposta iria exatamente nesse sentido, durante as consultas de acompanhamento da grávida, em conjunto com a equipa de profissionais de saúde do hospital em que se planeia o parto, elaborar-se-ia o plano de nascimento. Este plano seria construído tendo em conta as especificidades da gravidez da parturiente, o seu estado de saúde, os recursos humanos, físicos e materiais do hospital. Desta forma a grávida pode exprimir as suas expectativas da forma mais concretizável possível. Idealmente a grávida deixaria vertido neste documento se autorizaria a realização de certos atos que se têm demonstrado problemáticos (como episiotomias, descolamento de membranas ou indução medicamentosa do parto). No momento do parto, a última versão deste documento serviria como um complemento ao consentimento informado da grávida. Ou seja, se em algum momento do parto, o plano de nascimento for contrariado presumir-se-ia que inexistiria consentimento informado. Numa eventual ação de responsabilidade civil, o médico teria de demonstrar que houve consentimento informado e/ou a necessidade daquela intervenção perante o quadro clínico da grávida no momento do parto⁸⁷.

Uma grande parte da solução passaria também pelo reconhecimento da existência da violência obstétrica por parte da Ordem dos Médicos. A constante negação deste flagelo por parte desta ordem profissional é um dos grandes entraves a uma resolução. Nas palavras de ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES “errar é humano, mas já é diabólico preservar no erro”⁸⁸. Todavia, esta ordem tem-se mostrado incansável e persistente na negação desta realidade. Seria de louvar se a Ordem dos Médicos tivesse o impulso para ser parte da solução e não do problema. Esta tomada de posição por parte da ordem tem contribuído para o prolongar de um problema que merece uma solução urgente. No entanto, a violência obstétrica não é uma problemática cuja resolução dependa apenas dos médicos. Todos os profissionais de saúde acompanhados das direções e administrações dos respetivos hospitais e clínicas deveriam estar igualmente empenhados numa solução. Nesta senda, seria necessário e indispensável

⁸⁷ Nomeadamente provando a essencialidade da intervenção que se mostrou contrária ao plano de nascimento, que aquela intervenção se mostrou crucial para a saúde do bebé ou da mãe. A equipa médica é composta pelas pessoas mais capazes de provar a essencialidade de determinado ato médico, sendo estes especialistas munidos de todas as capacidades intelectuais e emocionais.

⁸⁸ RODRIGUES, Álvaro da Cunha “responsabilidade civil por erro médico: esclarecimento/consentimento do doente” Revista CEJ 2º semestre nº16 pág.10

uma campanha de sensibilização para este problema a todas as classes profissionais que operam num hospital. A violência obstétrica faz parte de um problema estrutural, portanto mostra-se insuficiente apenas sensibilizar e alertar uma classe profissional.

Conclusão

O tempo do paternalismo médico há muito que terminou, o consentimento informado é parte estrutural e imprescindível do ato médico, especialmente durante o momento do parto. O parto é um momento único por várias razões, mas designadamente porque é das únicas “cirurgias” em que a equipa médica tem o paciente acordado durante sua execução. Esta característica devia ser melhor aproveitada pela equipa de profissionais, na medida que deveriam procurar esclarecer, informar e apaziguar ainda mais o paciente. Urge acabar com a sensação de invisibilidade que muitas pacientes apontam, narrando terem sentido ser apenas “mais um corpo”.

Os direitos discutidos ao longo desta exposição são direitos fundamentais, invioláveis. No entanto, em sede, de uma ação de responsabilidade civil extracontratual (especialmente) a paciente encontra-se na posição mais precária devido ao peso do ónus da prova. Tornando-se, esta luta, ainda mais ingrata pela dificuldade de preenchimento dos requisitos inerentes à responsabilidade civil extracontratual. Salienta-se que se reforça mais ao longo deste trabalho a responsabilidade civil extracontratual porque grande parte da VO tem lugar nos hospitais públicos.

A VO é um problema estrutural e de escala mundial. Muitas das equipas médicas recebem recomendações para seguirem protocolos que advêm das direções ou administrações hospitalares, e parte da solução terá que advir daqui também. A VO não é um problema imputável ou resolvível por apenas uma classe profissional. Parte de um esforço coletivo por todos os membros operacionais das instituições de saúde, por isso ser tão importante a sensibilização. Esse seria o primeiro passo no sentido da eliminação da VO nos hospitais portugueses, coadjuvado com uma eventual aceitação do problema por parte de determinadas ordens profissionais.

É urgente uma mudança de paradigma, é essencial ouvir as lamentações e as queixas das mulheres grávidas de modo a tornar o parto um momento a ansiar e não a recear.

Referências Bibliográficas

CASTELO, Higinia “Informação e consentimento informado como declarações contratuais; relevância em situações de incumprimento” Revista do Ministério Público 16: Julho:Setembro, 2021.

CASTRO, Jorge Rosas, “Consentimento informado e Medicina Defensiva, in revista Julgar 2014 Especial.

COSTA, Daniela Sofia Gomes (2018) -” A culpa de organização na responsabilidade civil médica”, Centro de Direito Biomédico, Petrony, pág. 48.

COSTA, Mário Júlio Almeida (2016), “Direito das Obrigações” 12ª Edição revista e atualizada, Almedina.

FRISCH, Wolfgang (2004) “Consentimento e consentimento presumido nas intervenções médico-cirúrgicas” in Revista Portuguesa da Ciência Criminal ano 14 nº1 e 2 Jan a Julho

MARQUES, Paula Alexandra A. Ribeiro (2002) “O consentimento informado: o fim do silêncio”, <https://rr.esenfc.pt>

MONGE, Cláudia (2021) “A responsabilidade médica em Hospitais Públicos e em Hospitais privados” in– Responsabilidade Civil em Saúde Diálogo com o Prof Doutor Jorge Sinde Monteiro, Faculdade de Direito Universidade de Coimbra.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves “Quando caem em desgraça os discípulos de Hipócrates ... Algumas questões sobre a responsabilidade civil médica na Administração” Cadernos de Justiça Administrativa nº 50 (março-abril de 2005).

OLIVEIRA, Guilherme “O fim da arte silenciosa- o dever de informação dos médicos” in Revista de Legislação e Jurisprudência nº 3852 <https://www.guilhermedeoliveira.pt>

PEREIRA, André Gonçalo Dias (2020) “Responsabilidade civil na suade e violação do consentimento informado na jurisprudência portuguesa recente” Revista Julgar nº 42 de setembro a dezembro.

PEREIRA, André Gonçalo Dias (2005) “O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica” em Responsabilidade civil dos médicos: integrado no projecto de investigação bianual responsabilidade civil dos médicos, Coimbra Editora, Coimbra.

PEREIRA, André Gonçalo Dias (2007) “Breves notas sobre a responsabilidade médica em Portugal”, Revista Portuguesa do Dano Corporal, nº17.

PEREIRA, André Gonçalo Dias (2008) “Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e do nexo de causalidade” <https://estudogeral.uc.pt>

PEREIRA, André Gonçalo Dias (2014) “Direito dos Pacientes e responsabilidade médica” Tese de doutoramento em Ciências Jurídico-Civilísticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha “Responsabilidade civil por erro médico: esclarecimento/consentimento do doente” Revista do CEJ 2º semestre 2011 nº 16.

SILVA, António João Araújo Martins Ribeiro (2016) “A Relação Médico Doente: uma revisão da literatura” Tese de mestrado integrado em Medicina, Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra.

SIMÕES, Vânia, “A violência obstétrica: a violência institucionalizada contra o género”, “Anatomia do crime” nº6 julho-dezembro 2017, pág. 75.

TAYLOR, Simon “Shaping the doctor-patient relationship through civil liability law” in Medical Accident Liability and Redress in English and French Law, Cambridge University Press, 2015.

VARELA, João de Matos Antunes (2000) “Das obrigações em Geral” Vol.I 10ª Edição, Almedina.

Jurisprudência

Nacional

- Ac. do STA proc nº0445/13 de 16 de janeiro de 2014 in dgsi.pt
- Ac. do STJ datado de 18 de março de 2010 com o proc.nº 301/06.4TVPRT.P1.S1 in dgsi.pt
- Ac. do STJ de 02 de junho 2015 com o proc. nº 1263/06.3TVPRT.P1.S1 in dgsi.pt
- Ac. do STJ datado de 22 de março 2018 com o proc nº7053/12.7TBVNG.P1.S1
- Ac. do STJ datado de 15 de dezembro 2020 com o proc. nº765/16.T8AVR.P1.S1
- Revista do Supremo Tribunal de justiça Nº711/10.2tvprt- 1ªsecção de 14 de dezembro 2021 disponível em <https://www.stj.pt>
- Ac. do TRC datado de 11 de fevereiro de 2020 com o proc. nº 3670/18.0T8VIS.C1 disponível in dgsi.pt
- Ac. do datado de 16 de dezembro 2015TRL proc. nº 1490/09.1TAPTM.L1-3 in dgsi.pt
- Ac. do TRP datado de 15 de junho de 2022 com o proc.nº14691/17.0T8PRT.P1 in dgsi.pt

Internacional

- TEDH caso C.V v Eslováquia de 8 de fevereiro de 2012 proc. nº 18968/07 disponível em <https://hudoc.echr.coe.int>
- TEDH caso Konovalova v Rússia de 16 de maio de 2015 proc nº 37873/04 disponível em <https://hudoc.echr.coe.int>