



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado no Âmbito da Violência Obstétrica

Em especial, a questão do consentimento do paciente

Patrícia de Brito Macieira

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2022/2023



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado no Âmbito da Violência Obstétrica

Em especial, a questão do consentimento do paciente

Patrícia de Brito Macieira

Orientadora: Professora Doutora Carla Amado Gomes

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2022/2023

*A todas as vítimas, a quem o nosso sistema judicial continua, sistematicamente,
a falhar.*

“Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body.”

Schoendorff *versus* Society of New York Hospital, 1914

Agradecimentos

À minha Orientadora, Senhora Professora Doutora Carla Amado Gomes, a quem deixo o meu especial agradecimento por toda a disponibilidade demonstrada e por todo o cuidado ao longo deste desafiante percurso. Tive o privilégio de ser sua aluna e de poder, por isso, constatar a paixão que nutre por esta área tão social e eticamente relevante: o Direito. Agradeço-lhe pelos incentivos e, sobretudo, por me ouvir. Pela paciência e por me deixar expressar as minhas preocupações, enquanto alguém cuja ambição de saber sempre mais é infindável.

Aos meus pais, sem os quais este longo caminho não teria sido possível. Ser-vos-ei eternamente grata por me concederem a oportunidade de realizar um dos meus maiores sonhos.

À minha querida amiga Filipa, a minha parceira de curso. A única que sentiu as minhas dores e que sabia exatamente o que dizer quando as forças me faltavam. Obrigada pelos momentos de partilha de conhecimentos e pelas horas de debates intermináveis.

Por fim, à minha avó, a minha guerreira, que hoje, onde quer que se encontre, nutrirá certamente o maior sentimento de orgulho ao ver o culminar desta tão bonita fase da minha vida.

Resumo

A presente Dissertação tem por finalidade a análise da realidade legislativa e jurisprudencial do tratamento dado ao instituto do consentimento informado no âmbito das instituições de saúde da rede hospitalar pública, no contexto da violência obstétrica.

A escolha do tema decorre da relevância que o mesmo assume atualmente, considerando o aumento significativo de casos registados em Portugal.

Optámos por não efetuar uma abordagem da temática sob o ponto de vista penal, visto que a presente investigação se insere no âmbito de uma especialização em Direito Administrativo.

Numa primeira fase iremos proceder a uma breve contextualização histórica do direito ao consentimento, analisando as diversas fontes, quer nacionais quer internacionais, que o consagram.

Seguidamente será feito um estudo mais aprofundado do conceito de *direito ao consentimento*, bem como dos elementos que o caracterizam.

Tratando-se de um tema que só recentemente começou a ver a luz do dia. Com efeito, são poucos os casos de responsabilidade médica que, em Portugal, no âmbito da violência obstétrica, chegam à barra dos tribunais. Há um certo sentimento de corporativismo na atividade médica que torna mais complexa a resolução deste litígios. Ademais, a própria dificuldade de prova da culpa do agente e do nexos causal dificultam a tarefa de quem pretende ser ressarcido pelos danos de que foi vítima.

A nossa vontade de tratar este tema deriva da necessidade de consciencialização para a importância do instituto do consentimento informado numa área tão sensível da medicina: a obstetrícia. O acesso a cuidados de saúde que possibilitem um parto e um nascimento condignos deve considerar-se um direito fundamental inviolável. No entanto, a realidade a que assistimos fomenta o paternalismo clínico, retirando a autonomia à parturiente no que respeita às decisões a tomar quanto ao seu próprio corpo, naquela que constitui a fase mais importante do processo reprodutivo: o parto.

Palavras-Chave: consentimento informado; responsabilidade civil; violência obstétrica;

Abstract

The purpose of this Dissertation is to analyze the legislative and jurisprudential reality of the treatment given to the institute of informed consent within the scope of health institutions of the public hospital network, in the context of obstetric violence.

The choice of theme stems from the relevance it currently assumes, considering the significant increase in cases registered in Portugal.

We have chosen not to approach the subject from a criminal point of view, since the present investigation is part of a specialization in Administrative Law.

In a first phase, we will proceed with a brief historical context of the right to consent, analyzing the various sources, both national and international, that consecrate it.

A more in-depth study of the concept of the right to consent will then be carried out, as well as the elements that characterize it.

As this is an issue that has only recently begun to surface, few cases of medical liability in Portugal, within the scope of obstetric violence, reach the courts. There is a certain feeling of corporatism in medical activity that makes the resolution of these cases more complex. In addition, the difficulty of proving the agent's guilt and the causal link makes the task very hard for those who intend to be compensated for the damages.

Our desire to address this issue stems from the need to raise awareness of the importance of the institute of informed consent in such a sensitive area of medicine: obstetrics. Access to a decent delivery and birth is a fundamental and inviolable right. However, the reality we are witnessing encourages clinical paternalism, depriving the parturient of her autonomy to make the decisions to be taken regarding her own body, in one of the most important phases of her reproductive process: childbirth.

Keywords: informed consent; civil responsibility; obstetric violence;

Índice

<i>Introdução/Justificação da matéria</i>	12
<i>Capítulo I – Consagração do Direito ao Consentimento Informado – Contextualização Histórica</i>	14
1. Da Origem Do Consentimento Informado À Sua Positivção	14
2. Fontes Normativas no Ordenamento Jurídico Português	16
<i>Capítulo II – O Consentimento Informado</i>	19
1. O Direito ao Consentimento – Elementos Caracterizadores.....	19
2. O Consentimento Tolerante, Autorizante e Vinculante.....	20
2.1 O Conteúdo do Dever de Informar	22
3. A Problemática Dos Formulários Pré-Elaborados Para Prestação Do Consentimento	26
4. Exceções Ao Dever De Obtenção Do Consentimento Informado – Em Especial, A Questão Da Urgência.....	27
<i>Capítulo III – Violência Obstétrica: A Confrontação Necessária</i>	29
1. Noção De Violência Obstétrica	29
1.1 Os Diferentes Tipos de Violência Obstétrica	31
2. O Caminho (Legislativo) Percorrido	33
3. O Direito À Informação E Ao Consentimento, No Âmbito Da Obstetrícia	37
<i>Capítulo IV: Responsabilidade Extracontratual Das Entidades Públicas</i>	39
1. Prestações De Cuidados De Saúde No Âmbito De <i>Instituições Públicas</i> : Afinal, Qual É O Regime De Responsabilidade Aplicável?.....	39
2. Enquadramento Da Responsabilidade Civil Extracontratual Do Estado: Análise Do Regime Aprovado Pela Lei N.º 67/2007, De 31 De Dezembro.....	42
3. Um Mau Exemplo Da Jurisprudência Portuguesa: O Ac. Do STA, De 09 De Maio De 2012 (Proc. N.º 093/12).....	44
4. Um Olhar Pela Realidade Da Violência Obstétrica No Brasil	48
<i>Reflexões Conclusivas</i>	51
<i>Bibliografia</i>	52

Lista de Siglas e Abreviaturas

Ac. – Acórdão;

APDMGP – Associação Portuguesa Pelos Direitos da Mulher na Gravidez e no Parto;

Apud. – Citado por;

Art. – Artigo;

BE – Bloco de Esquerda;

B.M.J – Boletim do Ministério da Justiça;

CC – Código Civil;

CDOM – Código Deontológico dos Médicos;

CEDAW – Comitê Para A Eliminação De Todas As Formas De Discriminação Contra A Mulher;

CEDHBio – Convenção sobre Direitos do Homem e da Biomedicina;

Cfr. – Confira;

Consult. – Consultado;

Coord. – Coordenação;

CP – Código Penal;

CRP – Constituição da República Portuguesa;

D.L. – Decreto-Lei;

Ed. – Edição;

G.M. – Guerra Mundial;

I.e. – Isto é;

N.º – Número;

Ob. Cit. – Obra Citada;

OMS – Organização Mundial de Saúde;

Pág. – Página;

Págs. – Páginas;

Proc. – Processo;

Reimp. – Reimpressão;

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência;

RRCEE – Regime Da Responsabilidade Civil Extracontratual Do Estado E Demais Entidades Públicas;

Séc. – Século;

SNS – Serviço Nacional de Saúde;

Ss. – Seguintes;

STA – Supremo Tribunal Administrativo;

STJ – Supremo Tribunal de Justiça;

Vd. – Vide;

Vol. – Volume;

Introdução/Justificação da matéria

A análise sobre a realidade dos abusos obstétricos em Portugal é relativamente recente. Assistimos a uma medicalização do parto, em que se deixa a vontade da parturiente para segundo plano. Entende-se a violência obstétrica como inerente ao processo reprodutivo, colocando em crise os direitos reprodutivos e/ou sexuais da mulher.

O parto deixou, por isso, de ser encarado como um evento natural para passar a ser pensado com o objetivo de facilitar a atuação do obstetra, que, por razões de praticidade, recorre excessivamente a ferramentas hospitalares, instrumentalizando o corpo da mulher. Esta constatação remete-nos para a ideia do *paternalismo* médico, que, no fundo, se traduz na crença de que o saber médico é incontestável e que ao profissional de saúde é conferido o direito de tomar decisões sobre o corpo do paciente, ficando este privado da sua própria autonomia. Os médicos veem com hesitação a possibilidade de, por força da prática da sua atividade, serem sujeitos a responsabilidade civil, movendo-se por um sentimento de corporativismo. No entanto, decorre das mais basilares regras do Direito que qualquer sujeito que provoque danos a outrem deverá ser responsabilizado pelos atos praticados.

Um ato violento perpetrado contra uma parturiente traduz-se, necessariamente, numa situação de violência contra o género. Ademais, configura uma violação de Direitos Humanos, colocando em causa o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º CRP), o direito à integridade pessoal, física e moral (art. 25º CRP), o direito à saúde (art. 64º CRP) e o direito à maternidade (art. 68º CRP).

A presente investigação debruça-se, designadamente, sobre situações de inobservância do consentimento da parturiente. A realidade a que assistimos nos hospitais portugueses é a de que as intervenções para alívio da dor, como a epidural ou a anestesia, ou mesmo intervenções como a episiotomia ou a manobra de *Kristeller* são utilizadas rotineiramente, como se esta circunstância justificasse a dispensa do consentimento das parturientes.

São escassos, em Portugal, os casos de violência obstétrica que chegam a ver a barra dos tribunais. Em grande medida, tal facto poderá explicar-se devido à circunstância de as próprias mulheres grávidas desconhecerem os direitos que lhes assistem. O que demonstra a despreocupação com a sensibilização para esta matéria. Ademais, a difícil prova da culpa do agente médico e do nexo de causalidade entre a conduta e os danos

sofridos são outras das razões que poderão explicar a parca jurisprudência sobre o assunto.

**Capítulo I – Consagração do Direito ao Consentimento Informado –
Contextualização Histórica**

1. Da Origem Do Consentimento Informado À Sua Positivção

O direito ao consentimento nasceu de uma consciencialização de que a relação médico-paciente deixaria de ter que situar num “*plano mágico e quase religioso*”¹, superando o paradigma de paternalismo médico, assente na ideia de que o saber médico era incontestável e de que o profissional de saúde tomaria as decisões pelo paciente, sem que para aquele pudesse advir qualquer tipo de responsabilidade.

Foi com a filosofia das luzes, e em especial, com o contributo de Immanuel Kant que se deu a emancipação do indivíduo, o que viria a transformar radicalmente a relação médico-paciente, superando o paternalismo até aí imperante².

A preocupação com a necessidade de atribuir aos pacientes a capacidade para decidirem acerca do seu estado de saúde, aceitando ou recusando determinados procedimentos médicos, foi crescendo ao longo de todo o séc. XX. Neste sentido, um dos exemplos de manifestação do princípio da autonomia privada, subjacente ao direito ao consentimento, foi a decisão do Tribunal de Apelação da Califórnia, no caso *Salgo versus Leland Stanford Jr. University Board of Trustees (1957)*, que condenou dois médicos (cirurgião e radiólogo) ao pagamento de uma indemnização pela omissão, ao paciente, dos riscos da aortografia translumbar realizada para analisar a arteriosclerose severa de que padecia. Na sequência do exame, o paciente acabou por desenvolver uma paralisia irreversível. Afirmou, nesse aresto, o Tribunal que “*um médico viola as suas obrigações para com o paciente e sujeita-se a ser demandado se lhe oculta qualquer facto que possa ser necessário para fundamentar um consentimento esclarecido do tratamento proposto.*”

¹ A expressão é de PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS (2004), *O Consentimento Informado na Relação Médico-paciente: Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, pág. 11.

² FADEN, RUTH / BEAUCHAMP, TOM (1986), *A History and Theory of Informed Consent*, New York-Oxford, Oxford University Press, pág. 8. *Apud.* PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS (2004), *ob. cit.*, pág. 6.

Deste modo, o médico não pode minimizar os riscos conhecidos de um procedimento ou operação para induzir ao consentimento do seu paciente³”.

O despertar para a consciencialização da necessidade de reconhecimento da importância do consentimento eclodiu a partir da 2.^a G.M, na sequência de experimentações humanas para efeitos de investigação. O valor ético da autonomia da pessoa teve a sua primeira concretização com o Código de Nuremberga (1948), enquanto primeiro texto que explicitava a exigência do consentimento. O Diploma fazia referência expressa à necessidade de consentimento do paciente para efeitos de ensaios clínicos, reconhecendo-se, assim, o seu direito à autodeterminação.⁴

Posteriormente, em 1964, a Associação Médica Mundial viria a aprovar a Declaração de Helsínquia, responsável pela afirmação dos princípios éticos aplicáveis às investigações médicas, estabelecendo a necessidade de obtenção do consentimento dos pacientes para a sua sujeição às mesmas. Já em 1966, passa a constar do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁵, no seu art. 7.º, a primeira norma internacional, de carácter vinculativo, que, assegurando a autonomia do paciente, dispõe que *“Ninguém será submetido a tortura nem a pena ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Em particular, é proibido submeter uma pessoa a uma experiência médica ou científica sem o seu livre consentimento.”*

Não obstante, apenas em 1981 foi reconhecido o direito ao consentimento do paciente de *carácter geral*, isto é, não somente circunscrito às investigações clínicas. Este reconhecimento, constante da Declaração de Lisboa, elaborada pela Associação Médica Mundial, permitia que, após o recebimento de informação adequada, o paciente pudesse, livremente, aceitar ou recusar um qualquer procedimento médico.

Em 1997, os Estados membros do Conselho da Europa, bem como os EUA, Canadá, Austrália, Japão e Vaticano, assim como a Comunidade Europeia aprovaram a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, que representava um verdadeiro “Tratado de direitos dos pacientes”, na medida em que um dos seus princípios

³ Cfr. PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS (2012), *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Civilísticas, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pág. 347, disponível em <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/31524/1/Direitos%20dos%20pacientes%20e%20responsabilidade%20m%c3%a9dica.pdf>, consult. a 13/11/2022.

⁴ Cfr. PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS (2004), *ob.cit.*, pág. 7.

⁵ Aprovado para ratificação pela Lei n.º 29/78, de 12/06 (retificada mediante retificação publicada no Diário da República n.º 153/78, de 06/07), disponível em: <https://files.dre.pt/1s/1978/06/13301/00010018.pdf>, consult. a 13/11/2023.

fundamentais estava relacionada com o direito ao consentimento dos pacientes. Ademais, o Diploma fazia ainda referência à necessidade de providenciar ao paciente toda a informação essencial referente ao seu estado de saúde e possíveis tratamentos a adotar.

No âmbito da União Europeia, foi também reconhecido o direito ao consentimento informado através da aprovação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, determinando, no seu art. 3.º, n.º 2, alínea a), que “(...) *no domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente: (...) o consentimento livre e esclarecido, nos termos da lei (...).*”

Por fim, com a aprovação, na Assembleia Geral da UNESCO, da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (2005), o direito ao consentimento informado do paciente alcançou um carácter universal⁶.

2. Fontes Normativas no Ordenamento Jurídico Português

No que respeita às fontes normativas da consagração do direito ao consentimento no ordenamento jurídico português, começamos por destacar a Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina (CEDH Bio), do Conselho da Europa, que dedica os seus arts. 5.º e ss à necessidade de salvaguardar a autonomia do paciente, mediante o reconhecimento do direito ao consentimento do paciente. Por força do art. 8.º, n.º 2, da CRP, a CEDH Bio é diretamente aplicável ao Estado Português.

No âmbito do plano constitucional, o art. 25.º da CRP, enquanto dimensão do *direito à integridade pessoal*, determina que “*a integridade moral e física das pessoas é inviolável*”. No fundo, traduz-se no “*direito a não ser agredido ou ofendido no corpo ou no espírito por meios físicos ou morais*”⁷. Adicionalmente, o art. 26.º faz referência ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, abrangendo, neste sentido, a liberdade e autodeterminação do indivíduo. Precisamente o n.º 3 do art. 26.º garante a “*dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização de tecnologias e na experimentação científica*”. Deste modo, é seguro afirmar que o direito à integridade física e moral e o direito à liberdade e

⁶ Neste sentido, cfr. os arts. 3.º, 5.º e 6.º, da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, disponível em https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por, consult. a 13/11/2022.

⁷ CANOTILHO, J.J GOMES E MOREIRA, VITAL (2007), Anotação ao Art. 25.º, in *Constituição da República Anotada*, Vol. I, 4.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, págs. 453 a 457, pág. 454.

autodeterminação do indivíduo são *corolários* do princípio da dignidade da pessoa humana, que encontra consagração expressa no art. 1.º da CRP.

No âmbito do CP, a proteção que é conferida ao direito ao consentimento encontra-se prevista no seu art. 156.º, de onde se poderá retirar que os tratamentos médico-cirúrgicos (definidos no art. 150.º do mesmo Diploma), praticados sem o consentimento do visado, serão considerados arbitrários e punidos com pena de prisão até três anos ou pena de multa. Repare-se, ainda, que o art. 157.º do Diploma chama à atenção para a necessidade de acautelar o dever de esclarecimento do paciente, considerando que o mesmo só será eficaz “*quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento (...)*”.

Quanto ao plano civilístico, o art. 70.º consagra o direito geral de personalidade, conferindo-se uma tutela plena ao seu titular nas suas diferentes esferas do ser e do agir⁸. No fundo, funciona como princípio básico de que todo o indivíduo tem direito a ver protegida a sua personalidade física e moral⁹. Os chamados *direitos de personalidade* são reconhecidos a toda a pessoa jurídica e são absolutos, na medida em que o seu respeito se impõe a quaisquer outros direitos. Assim, os direitos de personalidade incidem sobre “*a vida da pessoa, a sua saúde física, a sua integridade física, a sua honra, a sua liberdade física e psicológica, o seu nome, a sua imagem ou a reserva sobre a intimidade da sua vida privada*”¹⁰. Como refere André Dias Pereira¹¹, o n.º 1 do art. 70.º contém o *direito fonte*, que, por sua vez, se desdobra no direito especial de personalidade: o *direito à integridade física e moral*, relacionado diretamente com o *direito à liberdade e autodeterminação* do indivíduo.

Já a Lei de Bases da Saúde¹², na sua Base 2, n.º 1, alínea e), confere aos utentes o direito a serem informados sobre a sua situação clínica, o objetivo, a natureza, as alternativas de tratamento possíveis, os respetivos benefícios e riscos e, ainda, a evolução provável do seu estado de saúde. A alínea f) atribui ao utente a capacidade de decisão

⁸ Cfr. **CARVALHO, ORLANDO DE** (1981), *Teoria Geral do Direito Civil: seu sentido e limites*, 2.ª Ed., Coimbra, Centelha, pág. 90.

⁹ **HÖRSTER, HEINRICH EWALD** (2018), *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, 11.ª Reimp., Coimbra, Almedina, págs. 259 e ss.

¹⁰ **PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA** (2012), *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Ed, 2.ª Reimp., Coimbra, Coimbra Editora, pág. 101.

¹¹ **PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS** (2012), *ob. cit.*, pág. 353.

¹² Cfr. Lei n.º 95/2019, de 04 de setembro.

(livre e esclarecida) sobre os cuidados de saúde propostos, bem como de emitir diretivas antecipadas de vontade.

Finalmente, o CDOM estipula, no seu art. 44.º, o dever de esclarecimento do médico perante o paciente. O art. 45.º determina, ainda, que “*Só é válido o consentimento do doente se este tiver capacidade de decidir livremente, se estiver na posse da informação relevante e se for dado na ausência de coacções físicas ou morais*”. Há, no entanto, algumas dúvidas acerca do valor jurídico-normativo do Diploma, havendo quem defenda que o mesmo tem uma eficácia meramente interna, i.e, dirigida à própria classe, sem que, contudo, se possam considerar normas com a mesma força jurídica das que encontram previstas no CC. A este propósito, afirma Guilherme de Oliveira¹³ que “*as normas deontológicas têm de se subordinar à legislação ordinária*”, acrescentando que “*A questão do valor jurídico desta forma de auto-regulação profissional suscita ainda o problema da eventual discordância entre as normas deontológicas e as normas de legislação ordinária. Este problema, porém, só pode ter uma solução: as normas deontológicas têm de se subordinar à legislação ordinária*”.

Por seu turno, Sérvulo Correia afirma que as normas constantes do CDOM “*têm valor jurídico de regulamento administrativo visto que emanam de uma associação pública dotada de competência normativa neste domínio*¹⁴”.

Assim, analisadas as diversas fontes normativas, a exigência de proteção do direito ao consentimento, segundo Miguel Assis Raimundo¹⁵, fundamenta-se, por um lado, (i) na autodeterminação e liberdade pessoal – no sentido de que cada pessoa tem o direito de aceitar ou recusar uma intervenção alheia no seu corpo, sob pena de degradação da sua dignidade – e, por outro lado, (ii) na integridade física e psíquica – uma vez que qualquer intervenção alheia é passível de provocar danos.

¹³ **OLIVEIRA, GUILHERME DE** (2001), *Auto-regulação profissional dos médicos*, in RLJ, N.º 3923, págs. 34 a 40, págs. 36 e ss.

¹⁴ **CORREIA, JOSÉ MANUEL SÉRVULO** (1996), *As Relações Jurídicas Administrativas de Prestação de Cuidados de Saúde*, Direito da Saúde e Bioética, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Centro de Investigação de Direito Público, Lisboa, pág. 53.

¹⁵ **RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS (2014)**, *Consentimento Informado, Causalidade e Ónus Da Prova Em Responsabilidade Hospitalar*, Anotação ao Acórdão do STA, de 9 de Maio de 2012 (proc. 093/12), in *Responsabilidade na Prestação de Cuidados de Saúde*, Coord. Carla Amado Gomes, Miguel Assis Raimundo e Cláudia Monge, Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, págs. 73 a 95, pág. 78.

Capítulo II – O Consentimento Informado

1. O Direito ao Consentimento – Elementos Caracterizadores

O consentimento informado consiste na autorização dada pelo paciente, devidamente esclarecido, quanto à sua submissão a qualquer procedimento médico. Ora, tal consentimento só será válido se ao mesmo tiver precedido a explicitação do ato médico em questão, bem como os riscos e alternativas ao mesmo, o modo de execução pelo respetivo profissional de saúde e, ainda, os resultados clínicos expectáveis.

Para que o consentimento possa ser válido há que, primeiramente, garantir que o paciente possui a devida *capacidade* para tomar decisões quanto ao seu estado de saúde. Ora, isto implica que o mesmo é conhecedor dos riscos e das alternativas ao tratamento que lhe foi proposto, podendo aceitar ou recusar uma determinada intervenção médica. A este propósito, apesar de conscientes de que este tema exigiria maiores desenvolvimentos, por uma questão de incompatibilidade com a economia do presente estudo, não nos debruçaremos com tanta profundidade sobre a matéria da capacidade para consentir¹⁶.

O consentimento informado “*é um processo e não uma forma*”¹⁷, devendo sempre pautar-se pelo diálogo entre o profissional de saúde e o paciente. Dogmaticamente, o consentimento poderá ser dividido em três dimensões: (i) a informação, (ii) a confirmação do esclarecimento e (iii) o consentimento, propriamente dito.

No que diz respeito à *informação*, a mesma corresponde a uma condição de validade do consentimento que determina a obrigatoriedade de o profissional de saúde informar o paciente acerca de todos os aspetos que compõem o procedimento médico a adotar, certificando-se de que a informação facultada corresponde, no seu todo, ao ato médico ao qual o paciente poderá vir a ser sujeito¹⁸.

¹⁶ Para maiores desenvolvimentos sobre a matéria relativa à capacidade para consentir cfr. **PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS** (2004), *ob. cit.*, págs. 84-100; quanto à (in)capacidade de menores, bem como de maiores por força do seu estado físico e/ou mental cfr. **PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS** (2004), *ob. cit.*, págs. 120-209.

¹⁷ **DIAS, JOÃO ÁLVARO** (1994), *Responsabilidade, informação, consentimento e confidencialidade*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Vol. III, N.º 4, Associação Portuguesa de Avaliação do Dano Corporal, págs. 9 a 32, pág. 15.

¹⁸ **ANDRADE, MANUEL DA COSTA** (1999), Anotação ao Art. 157.º, in *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial, Tomo I, Artigos 131º a 201º*, Coord. Jorge de Figueiredo Dias, 1.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, págs. 394 a 400, págs. 394 e 395.

Ademais, o diálogo deverá sempre adequar-se ao paciente em concreto¹⁹, relevando-se claro, no sentido de se adequar ao seu nível sociocultural, bem como à sua capacidade de compreensão, sendo suficiente para esclarecer o paciente quanto ao procedimento médico que, no entender do profissional de saúde, é recomendável, tendo em conta o seu estado de saúde.

A segunda dimensão do consentimento corresponde à *confirmação do esclarecimento*. Na verdade, como afirma Guilherme de Oliveira²⁰, “*entre o dever de informar e o dever de obter o consentimento, situa-se o dever de averiguar se o interessado entendeu as explicações que lhe foram dadas*”. Esta fase intermédia, entre o ato de informar o paciente e a obtenção efetiva do seu consentimento, revela-se especialmente importante com a utilização crescente de formulários pré-elaborados, que embora contendo informações sobre o ato médico em causa, limitam-se a exigir a assinatura do paciente, não o individualizando nem sendo capazes de suprir, por si, quaisquer dúvidas que estes possam ter.

Finalmente, no que ao *consentimento propriamente dito* diz respeito, esta última dimensão traduz-se na verdadeira manifestação do princípio da autonomia do paciente, na medida em que o incumbe de tomar a decisão sobre a prática de uma determinada intervenção médica. Este consentimento poderá ser prestado de forma expressa ou tácita, já que no ordenamento jurídico português vigora o princípio da liberdade declarativa. No caso do consentimento tácito, o mesmo terá de deduzir-se de factos que “*com toda a probabilidade*” o revelem, nos termos do art. 217.º do CC. No fundo, terá de decorrer de factos concludentes relativos à concreta lesão consentida²¹.

2. O Consentimento Tolerante, Autorizante e Vinculante

¹⁹ ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE (Maio de 2009), Relatório Final: O Consentimento Informado, Porto, pág. 22, disponível em https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/73/Estudo-CL.pdf, consult. a 13/11/2022.

²⁰ OLIVEIRA, GUILHERME DE (2005), *Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica*, in *Temas de Direito da Medicina*, 2.ª Ed. Aumentada, Coimbra, Coimbra Editora, pág. 68

²¹ ALMEIDA, FERREIRA DE (1992), *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, Coimbra, Almedina, págs. 704 e ss.

A dogmática do consentimento foi fortemente enriquecida por Orlando de Carvalho ao fazer a distinção entre consentimento tolerante, autorizante e vinculante²².

O consentimento *tolerante* exclui a ilicitude de uma agressão, “*legitimando-se um poder factual de agressão mas não outorgando um direito de agressão, nos termos do art.340º CC (...)*”²³.

Por sua vez, o consentimento *autorizante* corresponde à atribuição de um poder jurídico de agressão, vigorando o poder de revogar, a todo o tempo, o consentimento prestado, ainda que com uma certa obrigação de indemnizar pelas legítimas expectativas da outra parte, nos termos do art. 81.º, n.º 2 do CC. Orlando de Carvalho considera como passíveis de se integrarem no conceito de consentimento *autorizante* as intervenções feitas em benefício alheio²⁴, onde se enquadra o consentimento para ensaios clínicos, investigações não terapêuticas ou doação de órgãos. Assim, segundo o autor, em caso de revogação do consentimento, sempre haveria lugar a indemnização por prejuízo causado pelas legítimas expectativas criadas pela outra parte.

Salvo o devido respeito, não partilhamos o mesmo entendimento do autor. Aliás, a nossa visão vai no mesmo sentido do que afirma André Dias Pereira, ao considerar que também os casos de consentimento para os exemplos supra mencionados deverão ser enquadrados no âmbito do consentimento *tolerante* (340.º CC). Com efeito, o autor socorre-se, e bem, de um argumento literal, no sentido de que é a própria legislação relativa a doações entre vivos e ensaios clínicos que não prevê a possibilidade de indemnização em caso de revogação do consentimento prestado²⁵. Ademais, a possibilidade de reivindicação de uma indemnização pela revogação do consentimento mais não resultaria, como é natural, senão numa inibição da livre revogabilidade desse consentimento, algo que, como temos vindo a explicar, se revela fundamental.

Finalmente, o consentimento *vinculante* afigura-se irrevogável unilateralmente nos termos gerais dos negócios jurídicos (arts. 230.º e ss e 406.º CC). Neste âmbito, não existe atribuição de um qualquer poder de lesão, mas apenas uma disposição normal e

²² CARVALHO, ORLANDO DE (2021), *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Ed., Coimbra, Gestlegal, págs. 198 e ss.

²³ PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS (2004), *ob. cit.*, pág. 73.

²⁴ CARVALHO, ORLANDO DE (2021), *ob. cit.*, pág. 199.

²⁵ Repare-se, inclusive, que a própria Diretiva 2001/20/CE, relativa à aplicação de boas práticas clínicas na condução dos ensaios clínicos de medicamentos para uso humano, determina, no seu art. 3.º, n.º 2, al. e), que os participantes devem poder “(...) a todo o tempo e sem que daí decorra qualquer prejuízo, retirar-se do ensaio clínico, através da revogação do seu consentimento esclarecido.” – sublinhado nosso.

corrente de direitos de personalidade que não se traduzem numa limitação ao exercício desses direitos, nos termos do art. 81.º, n.º 2 CC²⁶.

Ora, no que concerne ao tema da presente investigação, sempre poderemos afirmar que as intervenções médicas se integram no conceito de consentimento *tolerante*, na medida em que o lesado assentiu com a lesão da sua integridade física, tendo a mesma sido feita no seu interesse e de acordo com a sua vontade. De todo o modo, e como tivemos oportunidade de referir, o consentimento do lesado não atribui à outra parte um direito de agressão. Trata-se de um regime que se caracteriza, necessariamente, pela sua livre revogabilidade, bem como pela não ressarcibilidade de quaisquer prejuízos. Como facilmente se compreenderá, o prestador de cuidados de saúde não é titular de quaisquer legítimas expectativas face às tomadas de decisão do paciente.

2.1 O Conteúdo do Dever de Informar

Releva, agora, determinar o conteúdo do dever de informar, no âmbito da atividade de prestação de cuidados de saúde. Tratando-se, a medicina, de uma atividade de risco, é frequente a ocorrência de danos, independentemente da negligência do profissional de saúde ou da instituição hospitalar. Ademais, a delimitação do conteúdo do dever de informar revela-se de grande importância na medida em que só o consentimento devidamente esclarecido permitirá transferir para a esfera do paciente a assunção dos riscos que, de outro modo sempre seriam assumidos pelo profissional de saúde.

É entendimento da doutrina que o paciente deverá ser informado acerca dos riscos *significativos*, isto é, “*aqueles que o médico sabe ou devia saber que são importantes e pertinentes, para uma pessoa normal colocada nas mesmas circunstâncias do paciente, chamado a consentir com conhecimento de causa no tratamento proposto*”²⁷. Com efeito, a qualificação de um risco como “*significativo*” está dependente da verificação de algum dos seguintes critérios: (i) a necessidade terapêutica da intervenção, (ii) em função da sua frequência (estatística), (iii) em função da sua gravidade e (iv) em função do comportamento do paciente.

²⁶ PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS (2004), *ob. cit.*, pág. 74.

²⁷ PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS (2012), *ob. cit.*, pág. 370.

2.1.1 Risco significativo em função da *necessidade* da terapêutica

O primeiro dos critérios determina que quanto mais necessário for o procedimento a adotar, mais flexível será o dever de informação do médico. *A contrario*, se a intervenção concreta não for tão necessária assim (pense-se, por exemplo, nos casos de cirurgias estéticas), a informação dos riscos terá de ser mais rigorosa. Não obstante, nenhuma intervenção médica efetuada sem o devido consentimento do paciente, quer se trate de intervenção mais ou menos necessária, descarta a responsabilidade do profissional de saúde, que não só desrespeitou o seu dever profissional de informação para com o paciente, como violou um conjunto de deveres fundamentais do mesmo, tais como, e em concordância com o que temos que vindo a enunciar, o seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana.

2.1.2 Risco significativo em função da *frequência* da intervenção

No que respeita ao risco significativo em função da frequência da intervenção médica, este critério determina que quanto mais frequente for a concretização do risco que o procedimento gera, mais rigoroso é o dever de informação do médico. No fundo, defende-se, unanimemente, que mesmo os danos que possam não ser graves, mas que ocorram com relativa frequência devem ser comunicados ao paciente. Acrescenta, ainda, André Gonçalo Dias Pereira, cuja opinião perfilhamos, que a frequência do risco deve ser analisada, tendo em conta o concreto paciente. Por outras palavras, deve ser atendido o quadro clínico do paciente e adaptar a informação em sua conformidade, deixando de lado a conceção de “*riscos médios*”²⁸.

2.1.3 Risco significativo em função da *gravidade* do procedimento

O risco significativo em função da gravidade traduz-se na ideia de que um risco grave justifica a sua comunicação ao paciente. A doutrina defende que quanto mais

²⁸ PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS (2012), *ob. cit.*, pág. 376.

perigosa for a intervenção médica, mais intransigente deverá ser o dever de informação do profissional de saúde, na medida em que, em certos casos, os riscos que tais operações acarretam poderão condicionar fortemente a qualidade de vida dos pacientes. Imagine-se, no limite, o caso de um doente oncológico que, por falta de informação médica, desconhece os riscos inerentes a um processo de quimioterapia. Ora, o desconhecimento dos efeitos devastadores que as sessões de quimioterapia produzem poderia ser suficiente para que o paciente consentisse com a sua submissão ignorando as alterações na sua qualidade de vida. Deste modo, concordámos inteiramente com o entendimento assente no direito norte-americano, segundo o qual “*the courts appear to believe that, as the probability or severity of risk increases, so does the responsibility to inform*”²⁹”.

2.1.4 Risco significativo em função do *comportamento* do paciente

Diríamos, a propósito deste último critério, que é aquele que mais se aproxima da ideia de necessidade de individualizar o paciente. De facto, e como tivemos oportunidade de referir, a informação facultada acerca dos riscos associados a um determinado procedimento médico variam sempre em razão do paciente concreto. Não só as características físicas de um determinado paciente, como os seus hábitos influenciam o grau de suficiência da informação que lhe é transmitida. A título de exemplo podemos sempre apontar os antecedentes familiares, o tabagismo, doenças crónicas, entre outros.

Ademais, as circunstâncias profissionais do paciente poderão influenciar o grau de suficiência da informação. Há autores que entendem que os riscos a informar serão aqueles que se considerem *atípicos*, passíveis de afetar as suas capacidades profissionais e desde que parta do paciente a iniciativa de conhecer tais riscos. Não partilhamos da mesma opinião porque acreditamos não ser exigível a solicitação deste tipo de informação por parte do paciente. Embora conscientes de que caberá ao paciente interessar-se por conhecer os riscos de um procedimento, a verdade é que isso não poderá eximir as responsabilidades do profissional de saúde que não comunicou ao paciente os riscos graves – ainda que atípicos – da intervenção que se propõe a realizar, sob pena de estarmos a “ferir” o próprio direito ao consentimento e tudo aquilo que o compõe. Neste

²⁹ PREISER, STANLEY/ WECHT, CYRIL/ PREISLER, MONTY (1994), *Preparing and Winning Medical Negligence Cases*, Vol. II, pág. 357. *Apud*. PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS (2012), *ob. cit.*, pág. 379.

sentido, perfilhamos o entendimento da jurisprudência francesa, que exige o esclarecimento de todos os riscos *graves*, ainda que os mesmos se afigurem excepcionais – “*quando o acto médico em causa, mesmo quando realizado de acordo com as *leges artis*, implique riscos conhecidos de falecimento ou de invalidez, o paciente deve estar informado em condições que permitam recolher o seu consentimento informado; contudo, esta informação não é requerida em caso de urgência, de impossibilidade e de recusa do paciente a ser informado; a circunstância de os riscos só se realizarem excepcionalmente, por si só, não dispensa os médicos da sua obrigação de informar*³⁰.”

2.2 A Nossa Posição Quanto Ao Conteúdo Do Dever De Informar

Analisados os diferentes critérios que compõem o conteúdo do dever de informar, somos da opinião de que tudo passará pela obtenção de um equilíbrio entre o dever profissional de informar e esclarecer o paciente quanto aos riscos que uma intervenção poderá comportar e o direito que assiste ao paciente de se autodeterminar responsabilmente, após a obtenção de toda a informação médica que lhe for transmitida.

Por um lado, admitir que todo e qualquer risco tenha que ser informado ao paciente, sem que em relação a este exista qualquer responsabilidade pela decisões que venha a tomar, culminará necessariamente num paternalismo clínico sem fundamento. Ora, fomenta-se, assim, o fenómeno da medicina defensiva, segundo a qual o prestador de cuidados de saúde, antes de realizar qualquer intervenção, mune-se de um conjunto de medidas que possibilitem a diminuição da litigiosidade médica, o que, aparentemente, seria positivo, mas analisados os meios para cumprir esse desígnio verificamos que nem sempre são os melhores. Neste sentido, atente-se ao caso da Alemanha, em que, para responder a todas as exigências alusivas ao dever de informar os pacientes, os médicos socorrem-se de um conjunto de formulários de consentimento informado com vista a evitar ações de responsabilidade civil por violação do dever de informar³¹.

Somos bastante críticos em relação à utilização de formulários pré-elaborados³², contendo informações sobre o ato médico em causa, não só porque não individualizam o

³⁰ DUBOIS, LOUIS (2000), *Le devoir du patient à l'information: harmonisation des jurisprudences civile et administrative et problèmes de mise en oeuvre*, RDSS, 36.º Année, N.º 2, págs. 357 a 368, pág. 358.

³¹ PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS (2012), *ob. cit.*, pág. 384.

³² Para maiores desenvolvimentos desta matéria, veja-se infra o Título 4 do presente Capítulo.

paciente, como não promovem o diálogo entre este e o prestador de cuidados de saúde, inibindo o esclarecimento cabal de eventuais dúvidas e preocupações do paciente e criando, necessariamente, uma distância na relação entre as partes.

Assim, e cientes de que não existe uma resposta unívoca ao problema em análise, acreditamos que a solução passe por encontrar um equilíbrio entre a informação dada ao paciente acerca dos riscos de um determinado procedimento e a confiança e serenidade no âmbito da relação médico-paciente. A título exemplificativo, talvez não faça sentido responsabilizar um profissional de saúde que não informou um paciente acerca de um risco que não só não se afigura grave, como era excepcional e não implicava alterações na qualidade de vida do paciente, não implicando igualmente modificações nas suas circunstâncias profissionais. Até porque, repare-se, a comunicação de um risco nestes moldes, ainda não seja grave e não acarrete alterações na vida pessoal e profissional do paciente, poderia gerar no mesmo uma situação de angústia e indecisão desnecessárias. Pelo que, resumindo, somos da opinião de que deverão ser comunicadas ao paciente todos os riscos pertinentes para o paciente em causa (porque, por exemplo, implicam alterações na sua vida pessoal e/ou profissional), bem como os riscos graves e todos aqueles que se afigurem prováveis em condições normais do procedimento a realizar.

3. A Problemática Dos Formulários Pré-Elaborados Para Prestação Do Consentimento

Não é incomum a utilização de formulários pré-elaborados para prestação do consentimento de pacientes, de onde devem constar todas as informações relativas a um concreto procedimento médico.

O recurso a este tipo de ferramenta levanta algumas dúvidas quanto à sua conformidade com as obrigações de informar e esclarecer o paciente. Embora não possamos negar a sua utilidade, porquanto contribuem para a uniformização em matéria de consentimento informado (pelo menos quanto à terminologia utilizada, por exemplo), a verdade é que a sua utilização excessiva poderá, no limite, colocar em causa o próprio direito ao consentimento informado. Quando falamos de utilização excessiva referimo-nos à circunstância de estes formulários serem utilizados como verdadeiros “contratos de adesão”, que não promovem o diálogo entre o médico e o paciente, não individualizando

o paciente concreto e/ou a patologia de que padece, limitando-se a descrever um quadro clínico geral e abstrato.

O seu uso tem vindo a ser percecionado pelos prestadores de cuidados de saúde como uma forma de se desresponsabilizarem pelo dever de informar e esclarecer o paciente. Ora, a mera assinatura de um formulário jamais poderá ser suficiente para assegurar que o consentimento prestado pelo paciente foi esclarecido de forma cabal, pelo que, sendo a informação transmitida insuficiente, o consentimento prestado é necessariamente inválido. Ademais, note-se que muitas vezes estes documentos são entregues por funcionários administrativos, que desconhecem o teor do ato médico, não estando capacitados para suprir quaisquer questões colocadas pelo paciente³³. Estes formulários deverão servir como complemento de diálogo entre o paciente e o médico. Portanto todo o consentimento que seja prestado após a receção de informação *exclusivamente* por via de formulários pré-elaborados, não pode, na nossa opinião, ser considerado válido. Neste sentido, perfilhamos o entendimento da jurisprudência belga³⁴, que afirma que “*a existência de um formulário estandardizado não prova por si o consentimento esclarecido do paciente, entre outros casos quando o documento não é suficientemente explícito, e se os termos não são compreensíveis para um não iniciado ou para uma pessoa de nacionalidade estrangeira.*” – sublinhado nosso.

4. Exceções Ao Dever De Obtenção Do Consentimento Informado – Em Especial, A Questão Da Urgência

Sem prejuízo da importância do dever de informar e esclarecer o paciente, há situações que justificam que se encare tais obrigações com maior flexibilidade. Uma delas é a urgência. Falamos dos casos em que a demora na intervenção médica possa colocar em causa a vida do paciente ou, pelo menos, implicar graves danos para a sua saúde.

No fundo, as situações de urgência no âmbito da atividade de medicina implicam necessariamente um conflito de direitos e deveres. Por um lado, o direito do paciente a

³³ MELO, MARTA SUSANA LOPES REIS DE (2005), *A importância do consentimento – Independência Médica vs. Autodeterminação do Doente*, in *Maia Jurídica, Revista de 120.º Direito*, Associação Jurídica da Maia, Ano III, N.º 1, Maia, págs. 59 a 91, pág. 61.

³⁴ LELEU, YVES-HENRI/ GENICOT, GILLES (2001), *Le Droit Médical – Aspects Juridiques De La Relation Médecin-Patient*, Bruxelles, De Boeck, pág. 77. *Apud*. PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS (2004), *ob. cit.*, pág. 335.

ser informado e a consentir esclarecidamente e, por outro, o dever do profissional de saúde de informar e esclarecer o paciente. Assim, caberá ao profissional de saúde fazer uma ponderação, tendo em conta o princípio da proporcionalidade, quanto aos danos que poderão advir para o paciente da prática de um ato médico e aqueles que surgirão caso tal ato não seja realizado. No fundo, trata-se de uma espécie de autorização concedida ao prestador de cuidados de saúde para que este possa agir, mesmo sem o consentimento do paciente quando as circunstâncias o justifiquem.

Neste sentido, atente-se no art. 8.º da CEDH³⁵, que determina que é possível efetivamente afastar a prestação de consentimento por parte do paciente, desde que de forma fundamentada: *“Sempre que, em virtude de uma situação de urgência, o consentimento apropriado não puder ser obtido, poder-se-á proceder imediatamente à intervenção medicamente indispensável em benefício da saúde da pessoa em causa.”*

³⁵ O Diploma é diretamente aplicável no ordenamento jurídico português por força do art. 8.º, n.º 2 da CRP.

Capítulo III – Violência Obstétrica: A Confrontação Necessária

1. Noção De Violência Obstétrica

A violência obstétrica trata-se de um tipo de violência de gênero, perpetrado contra as mulheres pela sua própria condição, tal como decorre da alínea d), do art. 3.º da Convenção de Istambul³⁶. O Diploma tem por finalidade, entre outras, “*proteger as mulheres contra todas as formas de violência, e prevenir, processar criminalmente e eliminar a violência contra as mulheres e a violência doméstica.*” – art. 1.º, a). Os abusos obstétricos não são suficientemente debatidos e analisados em Portugal, sendo, por isso, necessária uma maior sensibilização para esta realidade que afeta ainda tantas parturientes. No fundo, a violência obstétrica acaba por se “normalizar”, como se este tipo de abuso fosse inerente a qualquer momento do processo reprodutivo (parto, esterilização, aborto, etc.) e tivesse que ser, como tal, aceite pela mulher.

Embora tenhamos evoluído quanto à consciencialização da necessidade de abandono do paternalismo médico, a verdade é que, no âmbito da obstetrícia, ainda se observam condutas caracterizadoras de uma mentalidade retrógrada, que acredita que o saber médico se deve sobrepor à autonomia da parturiente. Com efeito, observamos hoje uma medicalização do parto, com recurso excessivo a instrumentos hospitalares que mais não fazem do que instrumentalizar o corpo da parturiente. São provas disso a imobilização da paciente, o uso regular de ocitócicos³⁷, a episiotomia³⁸ e a manobra de *Kristeller*³⁹.

A violência obstétrica não encontra consagração expressa em qualquer Diploma no ordenamento jurídico português. Assim, os abusos obstétricos são sempre analisados à luz da violação de direitos humanos, uma vez que este tipo de violência atenta contra direitos fundamentais, não só da parturiente como também do bebé. Falamos, neste sentido, da violação dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1.º da CRP), do

³⁶ A Convenção Istambul foi introduzida no ordenamento jurídico português através da Resolução da Assembleia da República n.º 4/2013, de 14 de Dezembro, dando origem à Lei n.º 83/2015, de 5 de Agosto.

³⁷ Destinam-se a estimular a contração do útero e, consequentemente, a acelerar o parto.

³⁸ Consiste numa incisão efetuada na região do períneo para ampliar o canal de parto e, assim, facilitar a passagem do bebé.

³⁹ Consiste na aplicação de pressão na parte superior do útero, à medida que a mulher tem contrações, com o objetivo de facilitar a saída do bebé.

direito à integridade pessoal – física e/ou moral (art. 25.º da CRP), do direito à saúde (art. 64.º da CRP) e, finalmente, do direito à maternidade (art. 68.º da CRP).

De acordo com a OMS, a violência obstétrica pode definir-se como a prática de abusos, desrespeito, maus-tratos e negligência durante a realização dos partos nas instituições de saúde públicas ou privadas. Assim, a violência obstétrica consiste na “*apropriação do corpo da mulher, no qual os profissionais de saúde geram danos à mulher durante a gestação, através de ações ou omissões que se materializam em abuso*”⁴⁰. Este tipo de violência de género foi reconhecida pela OMS na Declaração Sobre Prevenção e Eliminação de Abusos, Desrespeito e Maus-tratos durante o Parto em Instituições de Saúde, datada de 2014⁴¹. No seu preâmbulo é possível ler-se “*Relatos sobre desrespeito e abusos durante o parto em instituições de saúde incluem violência física, humilhação profunda e abusos verbais, procedimentos médicos coercivos ou não consentidos (incluindo a esterilização), falta de confidencialidade, não obtenção de consentimento esclarecido antes da realização de procedimentos, recusa em administrar analgésicos, graves violações da privacidade, recusa de internação nas instituições de saúde, cuidado negligente durante o parto levando a complicações evitáveis e situações ameaçadoras da vida, e detenção de mulheres e seus recém-nascidos nas instituições, após o parto, por incapacidade de pagamento.*” São vários os motivos que explicam esta supremacia dos profissionais e instituições de saúde face às parturientes, desde o poder da autoridade clínica, a dificuldade de responsabilização no sistema hierárquico hospitalar, a massificação da assistência, cada vez menos individualizada, o receio/incapacidade de questionamento de condutas clínicas, o desconhecimento, pelas parturientes, dos seus direitos, bem como dos deveres dos prestadores destes serviços, entre outros⁴².

Ora, a gravidez é um processo singular e especial, constituindo uma das experiências humanas mais importantes da vida da mulher. A verdade é que cada vez

⁴⁰ VIANA, ANA JÉSSICA SOARES E BERLINI, LUCIANA FERNANDES (2019), *Responsabilidade Civil Do Médico Em Casos De Violência Obstétrica No Ordenamento Jurídico Brasileiro, Saúde, Novas tecnologias e Responsabilidades – Nos 30 anos do Centro de Direito Biomédico*, Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, pág. 81, disponível em <http://www.centrodedireitobiomedico.org/publica%C3%A7%C3%B5es/publica%C3%A7%C3%B5es-online/cadernos-da-lex-medicinae-n%C2%BA-4-vol-i-sa%C3%BAde-novas-tecnologias-e>, consult. a 27/01/2023.

⁴¹ Disponível em https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf, consult. a 27/01/2023.

⁴² Disponível em <https://malmequer.webnode.com.pt/abuso-obstetrico/causas/>, consult. a 27/01/2023.

mais se assiste a um abandono do parto em meio familiar, deixando de ser percebido como um episódio íntimo, fisiológico, para que se torne um ato neutro, desprovido da sua essência e quase exclusivo das instituições de saúde. Assim, a parturiente deixa de assumir o papel principal, deixa de ser a responsável por conduzir o processo de parto, sendo substituída pelo profissional obstetra, ficando o bem-estar da mulher para segundo plano já que, não raras vezes, o prestador de cuidados de saúde privilegia a celeridade e praticidade do processo. Esta remoção da mulher como protagonista do seu próprio parto mais não faz do que a infantilizar e objetificar, inculcando-lhe a necessidade de uma intervenção médica mais ativa.

1.1 Os Diferentes Tipos de Violência Obstétrica

Os maus tratos passíveis de se integrarem no conceito de violência obstétrica poderão revestir uma natureza psicológica, física, sexual ou institucional. Passaremos à sua análise.

1.1.1 Violência Física

Poderão reconduzir-se à categoria de violência física todas as condutas que provoquem dores ou danos físicos à parturiente ou ao nascituro – sem qualquer comprovação científica para o efeito – tais como o jejum forçado, o isolamento, a proibição de permanência do acompanhante, a utilização de meios farmacológicos sem autorização, realização de episiotomias sem necessidade e/ou consentimento, realização da manobra de *Kristeller*, tricotomia (raspagem de pelos púbicos), cesariana sem indicação clínica (por motivos de conveniência médica) ou negação dolosa ou negligente do alívio à dor da parturiente⁴³.

1.1.2 Violência Psicológica

⁴³ SIMÕES, VÂNIA ALEXANDRA DOS SANTOS (2016), *A Violência Obstétrica: A Violência Institucionalizada Contra O Género*, Associação Portuguesa de Mulheres Juristas, Lisboa, *s.n.*, págs. 12 e 13.

A violência psicológica traduz-se em atos de humilhação, na indução da grávida em erro, mediante o recurso a ameaças para que esta consinta com a realização de uma certa prática, tratamentos discriminatórios, atendimento não empático, comentários inapropriados, omissão de informações sobre o parto, entre outros⁴⁴.

É interessante atender à circunstância de esta categoria de violência ser inserida no tipo legal de crime de ameaça, no âmbito das legislações latino-americanas⁴⁵. No âmbito do CP português o crime de ameaça encontra-se previsto no art. 153.º, sendo que o bem jurídico aqui tutelado é a liberdade de decisão e ação. A ameaça deve provocar um sentimento de insegurança ou medo no visado, afetando “*naturalmente, a paz individual que é condição de uma verdadeira liberdade*”⁴⁶. No âmbito da violência obstétrica, a mensagem transmitida à paciente deve ser suficiente para lhe causar inquietação ao ponto de esta consentir com uma determinada prática (desnecessária e infundada) por conveniência médica.

1.1.3 Violência Sexual

As condutas que se inserem no âmbito da violência sexual atentam contra os direitos sexuais das mulheres, violando a sua integridade física sexual e/ou reprodutiva. São exemplos deste tipo de violência a realização de episiotomias de rotina sem necessidade e sem consentimento da visada, exames de toque invasivos e/ou agressivos, cesarianas sem consentimento informado e/ou sem necessidade, a imposição da posição supina para dar à luz, exames repetitivos dos mamilos sem esclarecimento e/ou sem consentimento, entre outros.

No que respeita à episiotomia, infelizmente praticada frequentemente em Portugal, a mesma ocorre em contexto de parto vaginal, traduzindo-se numa incisão feita no músculo perineal destinada a aumentar o canal de parto para facilitar a saída do bebé. Trata-se de um procedimento cirúrgico que se popularizou como intervenção de rotina em meados do séc. XX, tendo sido introduzido nas práticas clínicas sem qualquer

⁴⁴ SIMÕES, VÂNIA ALEXANDRA DOS SANTOS (2016), *ob. cit.* pág. 14.

⁴⁵ Veja-se, neste sentido, o que decorre do art. 15.º, da Lei venezuelana n.º 38.668, de 23 de abril de 2007 (*Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia*).

⁴⁶ CARVALHO, AMÉRICO TAIPA DE (2012), Anotação ao Art. 153.º, in *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial, Tomo I, Artigos 131º a 201º*, Coord. Jorge de Figueiredo Dias, 2.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, págs. 560 a 567, pág. 562.

evidência científica que comprovasse o seu benefício. A sua justificação prende-se com uma suposta prevenção de lacerações perineais severas, uma melhor preservação da função sexual posterior, uma redução da incidência de incontinência urinária e fecal e a uma maior proteção do recém nascido⁴⁷. No entanto, o seu uso rotineiro não é aconselhável e deverá ser abandonado. Neste mesmo sentido pronunciou-se a OMS, a 15 de fevereiro de 2018, reconhecendo que a episiotomia mais não se trata do que uma verdadeira mutilação genital feminina, emitindo recomendações para que deixasse de ser utilizada em contexto hospitalar. Note-se que em 2014, em Portugal, as taxas de episiotomias ultrapassavam os 70%⁴⁸.

1.1.4 Violência Institucional

A violência institucional, embora possam ocorrer quer nas instituições privadas quer no âmbito de instituições públicas, têm mais predominância nas segundas, pelo facto de nos hospitais privados a taxa de cesarianas ser muito superior às praticadas nos hospitais públicos⁴⁹. Estas, que deveriam garantir o respeito pelos cidadãos em relação a toda e qualquer intervenção médica efetuada, impedem o acesso das mulheres aos seus direitos.

Como exemplos de violência institucional podemos apontar o impedimento do acesso aos serviços de atendimento à saúde, o impedimento à amamentação, a falta de fiscalização das agências reguladoras e demais órgãos competentes, a falta de prestação de informações à parturiente, bem como a falta de assistência à mesma e ao nascituro⁵⁰.

2. O Caminho (Legislativo) Percorrido

Pese embora as conhecidas críticas, um pouco por todo o globo, à excessiva medicalização no âmbito da obstetrícia, só em 2019 é que surge, na Europa, o primeiro

⁴⁷ BORGES, BÁRBARA BETTENCOURT, SERRANO, FÁTIMA E PEREIRA, FERNANDA (2003), *Episiotomia: Uso Generalizado Vs Selectivo, Artigo Revisão, Acta Médica Portuguesa*, págs. 447 a 454, págs. 447 e 448.

⁴⁸ Veja-se, neste sentido, o inquérito disponível em http://www.associacaogravidezparto.pt/wp-content/uploads/2016/08/Experi%C3%Aancias_Parto_Portugal_2012-2015.pdf e <https://associacaogravidezparto.pt/episiotomia-luz-da-lei/>, consult. a 27/01/2023.

⁴⁹ SIMÕES, VÂNIA ALEXANDRA DOS SANTOS (2016), *ob. cit.* pág. 16.

⁵⁰ SIMÕES, VÂNIA ALEXANDRA DOS SANTOS (2016), *ob. cit.* pág. 17.

texto sobre o tema, com a Resolução do Conselho da Europa n.º 2306/2019, de 3 de outubro⁵¹. O Diploma contém recomendações aos Estados que se destinam a erradicar os abusos obstétricos perpetrados contra as mulheres (curiosamente, em Portugal tais recomendações ainda se encontram por cumprir).

No entanto, a primeira iniciativa legislativa para combater o fenómeno é da autoria da Venezuela, pioneira na conceptualização do termo “violência obstétrica”. Reconhecendo a sua existência muito antes da comunidade europeia, aprovou o seu primeiro Diploma com vista à eliminação desta forma de violência de género já em 2007, com a Lei n.º 38.668, de 23 de abril de 2007⁵², apelidada de “*Ley orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia*”, que penaliza *todas* as formas de violência contra as mulheres, contendo, no seu art. 51.º, um elenco de condutas que integram o conceito de violência obstétrica.

Seguiu-se a Argentina, em 2009, com a aprovação da Lei n.º 26.485, de 11 de março⁵³, que, servindo-se da Venezuela como inspiração, define a violência obstétrica como “*aquela que exerce o profissional de saúde sobre o corpo e os processos reprodutivos das mulheres, expressada num trato desumanizado, um abuso de medicalização e patologização dos processos naturais (...)*.” – tradução nossa.

No que respeita ao ordenamento jurídico português, embora os abusos obstétricos sejam uma realidade no âmbito de partos hospitalares, a expressão “violência obstétrica” não consta de qualquer Diploma nacional. Na verdade, a Ordem dos Médicos rejeita o uso do termo, considerando-o inapropriado, na medida em que deverá ser aplicado apenas por países que não respeitam os direitos humanos, o que, no entender da Ordem, não é o caso de Portugal, já que “*(...) está seguramente entre os países do mundo onde se regista um menor número de maus tratos durante a gravidez*”⁵⁴.

⁵¹ Disponível em <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=28236&lang=en>, consult. a 27/01/2023.

⁵² Disponível em <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6604.pdf>, consult. a 27/01/2023.

⁵³ Disponível em https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/ley_26485_violencia_familiar.pdf, consult. a 27/01/2023.

⁵⁴ Parecer do Colégio da Especialidade de Ginecologia e Obstetrícia, em “*Respostas A Perguntas Sobre Violência Obstétrica Enviada Para Os Media Entre 2018-2020*”, disponível em <https://ordemdosmedicos.pt/informacao-sobre-violencia-obstetrica/>, consult. a 27/01/2023.

De todo o modo, como resposta à evidente prática de abusos no âmbito da obstetrícia em Portugal, foi aprovada a Lei n.º 110/2019, de 9 de setembro⁵⁵, que embora não reconhecesse o termo “violência obstétrica”, estabeleceu um regime de tutela das mulheres em idade reprodutiva em contexto de saúde, incluindo no parto, sendo aplicável a entidades públicas e privadas. Reafirmando os direitos das mulheres na qualidade de pacientes, determinava, ainda, o agravamento da responsabilidade médica civil em situações de violência obstétrica, prevendo direitos específicos inerentes à qualidade de progenitora e que não eram reconhecidos anteriormente no ordenamento jurídico.

Seguiu-se, posteriormente, a Resolução 181/2021, de 28 de junho⁵⁶, que recomendava ao Governo a erradicação das práticas de violência obstétrica. Este foi o primeiro instrumento legislativo em Portugal a conter o termo “violência obstétrica”. A preocupação com a eliminação dos abusos obstétricos em Portugal intensificou-se com a pandemia, por força das restrições que ocorrem quanto aos direitos das mulheres em contexto de gravidez e parto. Com efeito, em julho de 2021 o tema foi novamente debatido com o Projeto-Lei 912/XIV/2.⁵⁷, da iniciativa da deputada não-inscrita Cristina Rodrigues, sendo que a discussão em torno deste assunto foi interrompido por ocasião da dissolução da Assembleia da República, em 2021.

Mais recentemente, há que elogiar os esforços movidos pelo BE, que, como tentativa de promover a erradicação desta forma de violência de género, preparou um Anteprojeto de Lei com o objetivo de incluir na Lei n.º 110/2019 o termo “violência obstétrica”. Ademais, é de salientar a iniciativa quanto à criação de uma Comissão Nacional para os Direitos na Gravidez e no Parto, bem como quanto à consciencialização da necessidade de reforçar o respeito pelos planos de nascimento e de implementar sanções para práticas declaradas inadequadas por organizações internacionais⁵⁸.

Acreditamos que a falta de reconhecimento legal e de conceptualização da violência obstétrica tem motivado a sua impunidade. Na verdade, a nossa jurisprudência

⁵⁵ Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?tabela=leis&nid=3164&pagina=1&ficha=1, consult. a 27/01/2023.

⁵⁶ Disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/resolucao-assembleia-republica/181-2021-165865615>, consult. a 29/01/2023.

⁵⁷ Disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=121036>, consult. a 29/01/2023.

⁵⁸ Disponível em https://www.esquerda.net/sites/default/files/imagens/11-2021/anteprojeto_de_lei_-_violencia_obstetrica.pdf, consult. a 29/01/2023.

demonstra que são pouquíssimos os casos em que são responsabilizados os profissionais de saúde (e/ou as instituições hospitalares) por práticas abusivas no contexto da obstetrícia. Não nos é compreensível nem aceitável que à data de hoje estejamos a discutir sobre a aplicação, ou não, no ordenamento jurídico português do termo “violência obstétrica”. Ao contrário do que afirma a Ordem dos Médicos, a realidade demonstra que os abusos sofridos pelas mulheres são efetivamente atos de violência, na medida em que denotam um abuso de poder, seja por palavras, gestos ou atos físicos que humilham e oprimem a paciente. Neste sentido, atente-se à definição de violência da OMS⁵⁹ “*uso de força física ou poder, em forma de ameaça ou na prática, contra si próprio, outra pessoa ou contra um grupo ou comunidade que resulte ou possa resultar em sofrimento, morte, dano psicológico, desenvolvimento prejudicado ou privação.*” – tradução nossa. Para evidenciar a possibilidade de aplicação deste conceito de “violência” à temática que estamos a tratar, atente-se no inquérito realizado pela APDMGP⁶⁰ sobre experiências de parto em Portugal, para o período de 2015 a 2019. O relatório da associação tem por base a análise das respostas de 7555 mulheres. Podemos constatar que 69% dos partos foram vaginais e 31% corresponderam a cesarianas. É possível observar que 81% das inquiridas não entregou às equipas médicas um plano de nascimento, o que poderá ser explicado por uma de duas razões: (i) optaram por não elaborar um plano de nascimento ou (ii) elaboraram-no, mas escolheram não o entregar às equipas. Quanto às inquiridas que entregaram o seu plano (1416), 14% afirma que o mesmo não foi analisado e discutido pelos prestadores de cuidados. Parece-nos, ainda, relevante alertar para o facto de algumas parturientes terem afirmado que desconheciam a existência de planos de nascimento, o que só demonstra a falta de comunicação deste tipo de informação no momento adequado, nomeadamente nas consultas pré-natais.

É possível, ainda, observar que 30% das inquiridas afirma ter sido vítima de desrespeito, abuso ou discriminação. As principais formas deste tipo de violência traduzem-se (i) na prática de intervenções não consentidas (59,8%), (ii) relação deficiente com os prestadores de cuidados (50,9%) e (iii) abusos verbais (43,5%). Ora, a maior expressão dada às intervenções médicas não consentidas foi, em grande medida, motivada

⁵⁹ OMS (2002), *World Report on Violence and Health*, Genebra, disponível em http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/42512/9241545623_eng.pdf?sequence=1, consult. a 29/01/2023.

⁶⁰ Trata-se de uma associação sem fins lucrativos, criada em 2014, que luta pelos direitos da mulheres em contexto de parto, tendo tido uma forte expressão no combate à violência obstétrica em Portugal. <https://associacaoogravidezparto.pt/>.

pela realização da manobra de *Kristeller*, nos partos vaginais, sem o consentimento da paciente (19,1%) e pela prática de episiotomias não consentidas, também em partos vaginais (29,7%).

É inegável que este tipo de condutas se traduzem em verdadeiras formas de violência em relação às mulheres, que por força de se encontrarem em trabalho de parto, estão naturalmente mais vulneráveis. Sem prejuízo do que infra diremos sobre o assunto, este é um dos motivos pelos quais somos verdadeiramente apologistas da necessidade de transmissão da maior quantidade de informação possível ao longo das consulta pré-natais. São momentos menos tensos, que permitem uma tomada de decisão, por parte da parturiente, mais consciente e livre de pressão. Será, igualmente, o momento indicado para consciencializar a grávida quanto à existência dos planos de nascimento, que, neste contexto, funcionariam como uma espécie de diretivas antecipadas da vontade da mulher⁶¹.

3. O Direito À Informação E Ao Consentimento, No Âmbito Da Obstetrícia

Todos as intervenções e exames médicos deverão ser informados à paciente antes da sua realização, bem como acompanhados da solicitação do respetivo consentimento.

Por vezes, por força da circunstância de os partos serem considerados situações de urgência, a necessidade de informação transmitida à paciente tende a ser desvalorizada, utilizando-se o argumento do consentimento presumido, que assenta na ideia de que quando um utente se dirige a uma urgência hospitalar consente com a generalidade dos atos médicos que poderão vir a ser praticados. Embora possamos encontrar algum fundamento nesta tese (no fundo, trata-se de assegurar que os profissionais de saúde não se sintam inibidos de atuar por receio de futuras responsabilidades), vale recordar que isto não poderá valer para toda e qualquer intervenção, no âmbito de um trabalho de parto. Pense-se, por exemplo, no caso das episiotomias. Utilizando a expressão de Miguel Assis Raimundo⁶², a episiotomia não é uma “ninharia”, uma vez que é passível de provocar

⁶¹ Por uma questão de economia de espaço, não nos será possível abordar este assunto. *Vd.*, neste sentido, **PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS** (2004), *ob. cit.*, págs. 143 e ss e **MONGE, CLÁUDIA** (2014), *Das Diretivas Antecipadas De Vontade*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

⁶² **RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS** (2014), *ob. cit.*, , pág. 83.

danos irreversíveis. A paciente deve poder ser informada da possibilidade da sua prática, tendo que dispor de um tempo de reflexão em relação à mesma. Os casos de dispensa de consentimento por motivos de urgência estão pensados para as situações em que o paciente está, de todo, incapaz de prestar o seu consentimento porque, por exemplo, se encontra inconsciente. Ora, nos casos em que tal hipótese não se coloque no âmbito de um parto, o recurso à urgência clínica torna-se mais difícil de sustentar, já que a paciente se encontra consciente e, por isso, apta a consentir⁶³.

A base legal do consentimento informado corresponde à Lei n.º 15/2014, de 21 de março⁶⁴, que contém no seu art. 3.º o direito ao consentimento e à recusa e no seu art. 7.º o dever de informação. Dedicar uma secção específica à matéria em apreço (Secção II), prevendo, no seu art. 15.º-A, n.º 1, alínea a), o direito à informação, ao consentimento informado, ou à recusa informada, e o respeito pelas escolhas e preferências da paciente. Determina, igualmente, no art. 15.º-E, n.º 5, a necessidade de assegurar o cumprimento do consentimento informado, esclarecido e livre, por parte da mulher grávida.

A questão do consentimento informado assume especial relevância nesta matéria, por força da assimetria de informação entre a parturiente e a equipa médica, o que pode gerar uma situação de supremacia dos profissionais de saúde junto das pacientes.

⁶³ Poderá colocar-se a questão de saber se este consentimento é esclarecido, na medida em que a grávida se encontra num momento de grande inquietação. No entanto, neste caso, remetemos, mais uma vez, para a necessidade de diálogo entre os profissionais de saúde e as parturientes nas consultas que antecedem o trabalho de parto.

⁶⁴ Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2292&tabela=leis&so_miolo=, consult. a 01/02/2023.

Capítulo IV: Responsabilidade Extracontratual Das Entidades Públicas

“O médico é responsável pelos seus atos como resultado do exercício da sua profissão, como todos os cidadãos⁶⁵.”

1. Prestações De Cuidados De Saúde No Âmbito De Instituições Públicas: Afinal, Qual É O Regime De Responsabilidade Aplicável?

O ordenamento jurídico português distingue as unidades privadas de saúde das unidades públicas de saúde (i.e., hospitais públicos), estas últimas inseridas no Sistema Nacional de Saúde (SNS). Esta distinção permite submeter as diferentes unidades a distintos regimes jurídicos de responsabilidade.

Na vigência do D.L n.º 48 051, de 21 de novembro de 1967⁶⁶, entretanto revogado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro (que aprovou o novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas)⁶⁷, era pacífico, quer na doutrina maioritária quer na jurisprudência, que a relação estabelecida entre um hospital público e um utente haveria de ficar submetida ao regime da responsabilidade civil extracontratual, pela circunstância de se tratar de uma relação de serviço público⁶⁸, assumindo, assim, os atos médicos a natureza de atos de gestão pública, compreendidos no exercício de um poder ou dever público, integrando eles mesmo a realização de uma função pública da pessoa coletiva, com vista à realização de um interesse público⁶⁹. Neste sentido, no Ac. do STA, no âmbito do Proc. N.º 0982/03, datado

⁶⁵ PINA, ESPERANÇA (2003), *A Responsabilidade dos Médicos*, 3.ª Ed., Lisboa, Lidel, pág. 113.

⁶⁶ Disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/48051-1967-385464>, consult. a 14/02/2023.

⁶⁷ Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2073&tabela=leis, consult. a 14/02/2023.

⁶⁸ O serviço público consiste numa atividade administrativa, desempenhada por uma pessoa coletiva pública ou por um particular no exercício da função administrativa, de carácter positivo (de prestação), de natureza técnica, destinada à satisfação de necessidades coletivas. *Vd.*, neste sentido, MONIZ, ANA RAQUEL GONÇALVES (2003), *A Responsabilidade Civil Extracontratual Por Danos Resultantes Da Prestação De Cuidados De Saúde Em Estabelecimentos Públicos: O Acesso À Justiça Administrativa*, Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra Editora, pág. 49.

⁶⁹ AMARAL, DIOGO FREITAS DO (2021), *Curso de Direito Administrativo*, 4.ª Ed., Reimp., Lisboa, Almedina, pág. 131.

de 20/04/2004, relatado por Políbio Henriques⁷⁰, é possível ler-se que “*É enquadrável no âmbito da responsabilidade civil extracontratual - DL n.º 48 051 de 1967.11.21 - a pretensão indemnizatória da autora, relativa a danos emergentes de um procedimento médico-cirúrgico de que foi alvo, num estabelecimento de saúde pública, ao qual recorreu na qualidade de utente.*” O Tribunal justifica a submissão ao regime da responsabilidade civil extracontratual afirmando que “*quem recorre a um estabelecimento de saúde pública, fá-lo ao abrigo de uma relação jurídica administrativa de utente, modelada pela lei, submetida a um regime jurídico geral e estatutário pré-estabelecido, aplicável, em igualdade, a todos os utentes daquele serviço público, que define o conjunto dos seus direitos, deveres e sujeições e não pode ser derogada por acordo, com introdução de discriminações positivas ou negativas. Não o faz, portanto, na qualidade de parte contratante, ainda que num hipotético contrato de adesão ou ao abrigo de relações contratuais de facto.*”

Na nossa opinião, e em concordância com a doutrina e jurisprudência maioritárias atuais, inexistente, efetivamente, entre o médico e o utente a celebração de um negócio jurídico que permita submeter a relação estabelecida ao regime da responsabilidade contratual. Embora o utente tenha a autonomia de se dirigir a um serviço público de saúde, a verdade é que, ao contrário do que sucede no âmbito de um contrato, não tem a liberdade de escolher o profissional de saúde. Assim como não caberá à entidade prestadora de cuidados decidir tratar, ou não, o utente que a ela se dirigiu. Discordamos, por isso, com a doutrina minoritária⁷¹, defensora da aplicação do regime da responsabilidade contratual, que, estatuidando que a afirmação da existência de um contrato é o que melhor representa a relação estabelecida entre utente e profissional de saúde na medida em que a fonte dessa relação consiste num acordo de vontades entre o utente que se dirigiu a uma concreta unidade de saúde e esta que, por sua vez, decidiu prestar ao utente o tratamento necessário. Ora, para que pudéssemos afirmar um verdadeiro acordo de vontades haveria que se garantir a escolha do profissional de saúde pelo particular e conceder ao prestador de cuidados a possibilidade de recusa do tratamento, o que só é possível no quadro de uma relação de direito privado. Na verdade, a prestação de cuidados de saúde no âmbito

70

Disponível

em

http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/c14702bdbddcd6f780256e83004b0b9c?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1, consult. a 14/02/2023.

⁷¹ *Vd.*, neste sentido, **DIAS, FIGUEIREDO/MONTEIRO, JORGE SINDE** (1984), *Responsabilidade Médica em Portugal*, B.M.J., N.º 332, Lisboa, págs. 21 a 79, pág. 33.

de unidades públicas é assegurada pela obrigação do Estado em fornecer a todos os cidadãos os cuidados médico-cirúrgicos necessários, estando esta garantia consagrada no art. 64.º da CRP.

Cláudia Monge⁷², adepta da doutrina minoritária, acrescenta ainda que “*o modelo contratual auxilia também a compreender que o médico e o paciente estão reciprocamente obrigados a condutas ou atos humanos.*”, identificando como prestações de facto da parte do utente o dever de pagamento das taxas moderadoras, quando devidas, como forma de exemplificar a denotação da natureza contratual da relação. No entanto, veja-se o que afirma o STJ, no âmbito do Proc. N.º 08A3323, datado de 09/12/2008, relatado por Mário Cruz⁷³: *O pagamento de taxas moderadoras não corresponde ao pagamento de um preço pelo serviço, mas um acto simbólico para fazer lembrar aos que ocorram aos serviços médicos e hospitalares do SNS que há custos gerais para os contribuintes, e assim de algum modo se poder evitar o congestionamento de serviços por razões que não necessitariam de consulta ou tratamento.*” Assim, apenas nas unidades de saúde nas quais inexista um protocolo com o SNS, obrigando o utente a pagar o preço efetivo do tratamento ou consulta à qual foi submetido, é que poderemos pugnar pela aplicação da responsabilidade contratual.

Na relação que se estabelece entre o profissional de saúde e o utente não há, ao contrário do que sucede no âmbito de uma relação obrigacional privada, liberdade de celebração de um qualquer contrato, inexistindo, conseqüentemente, liberdade de estipulação do seu conteúdo. Assim, a obrigação de indemnizar os danos sofridos por um utente decorre da violação de uma disposição legal ou de um direito absoluto, por força da inexistência de um vínculo jurídico entre as partes. Neste sentido, como afirma Ana Raquel Moniz⁷⁴, “*(...) visto estar em causa a lesão de direitos subjetivos absolutos – concretamente, direitos de personalidade – e, por conseguinte, a violação de um dever geral de respeito, a responsabilidade assume-se extracontratual*”⁷⁵.

⁷² *Vd. MONGE, CLÁUDIA* (2014), *O Direito À Proteção Da Saúde E O Conteúdo Da Prestação De Cuidados Médicos*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

⁷³ Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1558da44bb1b0c5e8025751b004e9916?OpenDocument>, consult. a 14/02/2023.

⁷⁴ *MONIZ, ANA RAQUEL GONÇALVES* (2003), *ob. cit.*, págs. 15 e 16.

⁷⁵ Também o *Tribunal Des Conflits (Arrêt «Chailloux et Isaac Slimane»*, de 25 de março de 1957, no qual foi decidido que caberia no âmbito da jurisdição administrativa a apreciação de ações de responsabilidade civil por danos emergentes de hospitais públicos) parece perfilhar a tese da responsabilidade extracontratual, ao determinar que as relações entre os serviços de saúde, o médico e o paciente devem ser

Sérvulo Correia é também defensor da tese da responsabilidade extracontratual no âmbito de unidades públicas de saúde, afirmando perentoriamente o seu *carácter não contratual*: “Não cremos com efeito que o acto criador da relação de utilização de, por exemplo, um Centro de Saúde seja bilateral, isto é, que nele se materialize um acordo de vontades⁷⁶.” O Autor refere que quando o utente requer uma consulta ou quando é internado, são praticados atos administrativos, sob solicitação do particular ou antecedidos do seu consentimento (no caso de internamento).

2. Enquadramento Da Responsabilidade Civil Extracontratual Do Estado: Análise Do Regime Aprovado Pela Lei N.º 67/2007, De 31 De Dezembro

A Lei n.º 67/2007 (RRCEE), que revogou o D.L n.º 48 051, aplica-se a todas as formas de exercício da atividades administrativa, demarcada por poderes de autoridade, em caso de lesão de direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares⁷⁷.

O Diploma mantém a distinção (que já constava D.L. n.º 48 051) entre responsabilidade *exclusiva* da Administração – por danos resultantes de atuações imputáveis ao agente por culpa leve (art. 7.º) e responsabilidade *pessoal* do agente – quando as atuações possam ser-lhe imputadas a título de dolo (art. 8.º), caso em que terá aplicação o regime da solidariedade entre o ente público e o agente. De facto, não foi intenção do legislador instituir a responsabilidade solidária para todas as formas de responsabilidade civil, mas apenas para os danos que se possam integrar no âmbito do art. 8.º: “A opção do legislador foi a de instituir apenas a responsabilidade solidária a propósito das acções ou omissões que tiverem sido cometidas com dolo ou com diligência

entendidos como exprimindo uma “situation légale et réglementaire de droit public”, negando a existência de um contrato (Cfr., neste sentido, PENNEAU, JEAN (1996), *La Responsabilité Du Médecin*, 2.ª Ed., Dalloz, Paris, pág. 49).

⁷⁶ CORREIA, JOSÉ MANUEL SÉRVULO (1996), *ob. cit.*, pág. 18.

⁷⁷ Sobre a análise feita ao RRCEE, *vd.* CADILHA, CARLOS (2011), *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas – Anotado*, 2.ª Ed., Coimbra Editora e GOMES, CARLA AMADO (2019), *Novos Estudos Sobre Direito Da Responsabilidade Civil Extracontratual Das Entidades Públicas – Por Facto Da Função Administrativa*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

*e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo e no exercício e por causa do exercício das suas funções*⁷⁸”.

Assim, o Diploma prevê a responsabilidade exclusiva das entidades públicas, no caso de comportamento ilícito praticado apenas com culpa leve dos titulares de órgãos, funcionários ou agentes. Por outro lado, prevê a responsabilidade pessoal e direta do titular do órgão, funcionário ou agente, solidariamente com o ente público, no que respeita às atuações cometidas com dolo ou negligência grosseira.

Tomamos a liberdade de analisar a Lei n.º 67/2007, no concreto caso da matéria da responsabilidade médica, à luz da responsabilidade subjetiva. Ainda que não nos pareça desprovido de fundamento a aplicação da responsabilidade *de jure condendo*, assumir a defesa de um modelo puramente objetivo acarretaria variados riscos, já que o tema principal da presente investigação se prende com a violação do consentimento da paciente, o que implicará sempre a culpa do profissional de saúde, que se prescinde no caso da responsabilização pelo risco. Como explica, e bem, Carla Amado Gomes, afirmar que, em geral, a atividade médica é “especialmente perigosa” (enquadrando-a, assim, na responsabilidade pelo risco), corresponderia a uma afirmação desproporcionada, culminando na banalização do conceito de “atividade especialmente perigosa”⁷⁹.

O Diploma em análise prevê requisitos de responsabilidade (subjetiva) idênticos aos que são exigíveis no âmbito do Direito Privado, nomeadamente (i) o facto voluntário, (ii) o dano, (iii) o nexo causal, (iv) a ilicitude e (v) a culpa. Estes requisitos são particularmente difíceis de provar na área da saúde, não só pelas próprias especificidades técnicas dos atos médicos, mas também devido à complexidade atual das organizações de saúde, daí que, muitas vezes, os danos provocados em contexto hospitalar não sejam ressarcidos em Tribunal. Esta constatação esteve na origem do *Patient Injury Act* (1967), lei criada na Finlândia que previa um sistema de responsabilidade objetiva para indemnização de danos sofridos em unidades de saúde, simplificando a atribuição, ao paciente, de uma compensação pelos danos sofridos, na medida em que presumia a culpa e o nexo de causalidade em casos de danos ocorridos no âmbito da prestação de cuidados

⁷⁸ CARVALHO, RAQUEL (2013), Anotação ao Art. 8.º, in *Comentário Ao Regime Da Responsabilidade Civil Extracontratual Do Estado E Demais Pessoas Coletivas*, Coord. Rui Medeiros, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Universidade Católica Editora, págs. 225 a 239, pág. 226.

⁷⁹ GOMES, CARLA AMADO (2018), Anotação ao Art. 11.º, in *O Regime Da Responsabilidade Civil Extracontratual Do Estado E Demais Entidades Públicas: Comentários À Luz Da Jurisprudência*, Coord. Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro e Tiago Serrão, 2.ª Ed., Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, págs. 713 a 740, págs. 719 e ss.

de saúde, prescindindo também da respetiva ação em tribunal⁸⁰. Ora, a Lei n.º 67/2007 não simplificou a atribuição de uma indemnização a um lesado da mesma forma que o fez o Diploma finlandês, desde logo porque não se traduz num documento específico para a atividade médica. Ademais, continua a ser necessário ao utente intentar uma ação em Tribunal como forma de tentar obter uma compensação pelos danos. No entanto, o RRCEE aligeirou, para o utente, a obtenção de ressarcimentos dos seus danos em duas medidas: por um lado, como vimos, consagrou, no art. 7.º, a presunção de uma culpa leve; por outro lado, permitiu a criação da responsabilidade por funcionamento anormal do serviço (art. 7.º, n.º 3), visando assegurar-se que a Administração “*não responde apenas pelos danos que resultem de específicas condutas ilícitas e culposas de agentes determinados, mas, de um modo geral, pelos danos resultantes do seu funcionamento que o lesado não tenha obrigação de suportar, porque não seriam causados por um serviço que funcionasse normalmente, isto é, de acordo com padrões médios de resultado, como afirma o n.º 4*⁸¹.”

3. Um Mau Exemplo Da Jurisprudência Portuguesa: O Ac. Do STA, De 09 De Maio De 2012 (Proc. N.º 093/12)

Considerando que o tema nuclear da presente investigação se traduz no estudo da responsabilidade extracontratual do Estado por violação do direito ao consentimento do paciente no âmbito da prática hospitalar, tomamos a liberdade de analisar um Ac. relacionado com as práticas obstétricas em Portugal e que se tornou bastante mediático⁸².

O Ac. retrata o caso de uma paciente submetida a intervenções médicas (uma episiotomia e a correspondente sutura da mesma, i.e, a episiorrafia) por parte de uma enfermeira parteira, sem que o consentimento da primeira tivesse sido obtido. Na

⁸⁰ **FARIA, PAULA LOBATO DE/JARDIM, SARA VERA/COSTA, JOÃO PEREIRA DA** (2008), *O Novo Regime Da Responsabilidade Civil Extracontratual Do Estado - Repercussões No Sistema De Saúde*, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, Vol. 26, N.º 1, Universidade Nova de Lisboa, Escola Nacional de Saúde Pública, págs. 89 a 116, pág. 90.

⁸¹ **ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE** (2013), Anotação ao Art. 7.º, in *Comentário Ao Regime Da Responsabilidade Civil Extracontratual Do Estado E Demais Pessoas Coletivas*, Coord. Rui Medeiros, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Universidade Católica Editora, págs. 217 a 224, pág. 219.

⁸² Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/9e989c326795bcb80257a020034ae19?OpenDocument&Highlight=0,093%2F12>, consult. a 16/02/2023.

sequência destes procedimentos, a paciente desenvolveu várias hemorragias, uma infecção do períneo e uma fístula recto-vaginal. De acordo com os factos provados, a profissional realizou as intervenções sem sequer disso informar a paciente, pelo que o caso em apreço não retrata a situação de um consentimento insuficiente, mas de uma total falta de consentimento prestado pela paciente.

De acordo com a argumentação do STA, as intervenções realizadas não careciam do consentimento da paciente, na medida em que se tratavam de intervenções realizadas frequentemente, negando, deste modo, o pressuposto da ilicitude. Acrescenta, ainda, que o resultado verificado pela paciente é considerado “normal”, no âmbito de um trabalho de parto, afastando, assim, o nexo de causalidade entre a intervenção médica correspondente à episiotomia e os danos sofridos pela paciente (determinando que não seria possível afirmar que tenha sido aquela concreta intervenção que provocou os danos sofridos pela paciente). Ademais, questiona a culpa na conduta da enfermeira, ao afirmar que a mesma atuou segundo as *leges artis* e o padrão de diligência ao qual estava obrigada.

Ora, o entendimento do Tribunal merece, salvo o devido respeito, a nossa total reprovação. Na verdade, a sua argumentação denota um modelo de medicina paternalista, o que não se compagina com a exigência de consentimento informado, que visa proteger, por um lado, a autodeterminação e liberdade pessoal – cada pessoa tem o direito de recusar uma intervenção alheia no seu corpo, sob pena de lesar a sua dignidade – e, por outro lado, a integridade física e psíquica do indivíduo – as intervenções alheias têm o potencial de lesar essa integridade, daí que o direito de recusa (direito ao dissentimento) e o dever de obtenção do consentimento sejam as formas encontradas de impedir a verificação de tais ações lesivas⁸³.

Na nossa opinião, andou mal o Tribunal quando, em primeiro lugar, não tratou a questão da inobservância do dever de obtenção do consentimento da paciente. Como tivemos oportunidade de referir, a verdade é que, mesmo que não se tivessem verificado os danos sofridos pela paciente, a “mera” não obtenção do seu consentimento é, *per si*, um dano, desde logo pela violação da liberdade pessoal, colocando, conseqüentemente, em crise a dignidade da visada, que se vê privada de tomar uma decisão sobre o seu próprio corpo. Não há, em princípio (e com certeza, a existir, não seria aplicável ao caso

⁸³ RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS (2014), *ob. cit.*, pág. 78.

sub judice), intervenções médicas para as quais o consentimento do paciente seja dispensável (excetuando-se os casos de urgência na realização do procedimento, em que os valores em conflito poderão ser a vida e a integridade física e/ou moral), pelo que a análise feita pelo STA, antes de qualquer juízo acerca de causas que fundamentassem inexigibilidade de consentimento, deveria ter partido da premissa de que a intervenção médico-cirúrgica carecia do consentimento da paciente, pois só este permitiria transferir para a paciente os riscos da referida intervenção que, de outro modo, sempre deveriam ser imputados ao demandado – no caso, o Hospital.

Ademais, mesmo que se entenda que são “normais” os danos sofridos pela paciente, na sequência do trabalho de parto, dificilmente se poderá negar que tais danos não foram agravados pela intervenção à qual a mesma foi submetida. Trata-se, na verdade, de uma questão de maior probabilidade de surgimento de danos corporais, questão essa que, lamentavelmente, não foi analisada pelo STA. No fundo, quaisquer condições que *agravem* a probabilidade de verificação de danos não podem deixar de ser relevantes do ponto de vista da responsabilidade. Caberia ao órgão judicial exigir ao demandado a prova de que a prática da episiotomia, no caso concreto, foi totalmente irrelevante para o surgimento dos danos da paciente, prova essa que arriscaremos afirmar que seria impossível, na medida em que, como vimos, a sua realização aumenta, de forma significativa, as complicações subsequentes a um trabalho de parto. Faz parte do senso comum que uma incisão cirúrgica de corte de tecidos do corpo humano introduz fatores de risco que tornam *muito mais provável* que aconteça uma infecção ou uma hemorragia do que na sua ausência. E, na verdade, a condição clínica da paciente evoluiu num sentido cuja associação com a episiotomia está documentado em literatura científica: hematoma, hemorragia, infecção, fístula recto-vaginal. Pelo contrário, o STA exigiu à paciente que provasse que foi aquela concreta intervenção que lhe provocou os danos e, ainda, que conseguisse excluir quaisquer causas alternativas que pudessem estar na origem das lesões. Ora, compreensivelmente, isto é uma verdadeira prova diabólica. Não é, de todo, razoável a intensidade de prova que foi exigida à paciente, que não detém (como não é obrigada a deter) conhecimentos técnicos sobre a matéria. O papel do Tribunal é precisamente o de promover o equilíbrio processual entre as partes, “compensando” alguma delas quando razões de justiça o exijam. Pelo que a prova da conformidade das medidas adotadas com as *leges artis* sempre deveria ficar a cargo da parte menos débil, atenta a posição de vantagem perante a paciente e que se traduz, desde logo, no domínio dos conhecimentos técnicos adequados.

O caminho seguido pelo STA, ao afirmar a dispensa de consentimento por força da frequência da prática da intervenção em causa, parece, de alguma forma, e ainda que tal não seja expressamente referido no Ac., enquadrar-se no âmbito do consentimento hipotético. Ou seja, a circunstância de, aos olhos do órgão judicial, não haver lugar a qualquer indemnização – já que era recorrente a intervenção praticada e, consequentemente, “normais” os danos observados – parece indicar que, mesmo não tendo sido a paciente informada acerca da possibilidade de realização do procedimento em questão, e mesmo não conhecendo os respetivos riscos, se essa informação lhe tivesse sido chegada, esta sempre teria consentido com a sua prática. O Tribunal parece ter presumido que, existindo um procedimento médico-cirúrgico recorrente, dispensa-se o consentimento do paciente, já que, pela habitualidade da sua prática, o mesmo não causa estranheza. É quase como afirmar que a recorrência de um ato médico torna ilegítimo a um paciente duvidar da sua eficácia.

A admissibilidade da figura do consentimento hipotético é controvertida precisamente porque se traduz na supressão do direito ao consentimento, daí que o grau de exigência na demonstração da possibilidade de aplicação desta figura seja elevado, já que se traduz no não cumprimento de um dever fundamental do profissional de saúde. Por este motivo, o consentimento hipotético não pode ser presumido pelo juiz, cabendo ao demandado demonstrar que, mesmo que a paciente tivesse sido informada acerca dos riscos da intervenção, teria, mesmo assim, consentido com a mesma, não lhe subsistindo quaisquer dúvidas. Assim, utilizar como argumento a circunstância de um determinado procedimento médico ser recorrente, dispensando-se, por essa mesmíssima razão, o consentimento do visado é desprovido de qualquer fundamento, atentando contra os mais elementares direitos absolutos de personalidade de um cidadão. Como bem refere Miguel Assis Raimundo *“a frequência estatística de um facto pode significar que ele é bom, mas também pode significar apenas que tem sido acriticamente praticado por um conjunto grande de pessoas. O que o consentimento informado expressamente quer permitir é que haja um espaço de diálogo que permita ao paciente ir contra a norma social e a frequência estatística, se for o seu desejo”*⁸⁴.

O STA refere, ainda, subtilmente, a questão da urgência como (mais) uma forma de justificar a inexigibilidade do consentimento da paciente. Não afluiremos a figura da

⁸⁴ RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS (2014), *ob. cit.*, pág. 87.

urgência no âmbito da prática médica, sob pena de repisarmos o que já dissemos a propósito do assunto. Sendo este também um mecanismo de compressão do direito ao consentimento, a sua aplicação depende de uma criteriosa ponderação com princípio da proporcionalidade. Embora possamos reconhecer que uma situação de trabalho de parto, marcada por uma forte tensão, dores intensas e preocupações, pudesse dar lugar à aplicação desta figura, não nos parece, contudo, que a mesma pudesse figurar no caso em apreço. A figura da urgência está pensada para situações excepcionais em que, por algum motivo (imagine-se, porque o paciente se encontra inconsciente), o visado não consegue prestar o seu consentimento. Ora, no caso concreto, a paciente encontrava-se consciente, capaz de receber informações acerca dos riscos da intervenção à qual foi sujeita. E torna-se sempre mais reprovável que exista a possibilidade de um procedimento como este chegar ao conhecimento da paciente antes da sua entrada em trabalho de parto (por exemplo, nas consultas pré-natais) e tal não ocorra.

Parece-nos que a paciente cumpriu todos os requisitos que lhe eram exigidos no que respeita à prova, uma vez que alegou e caracterizou: o facto (a conduta exercida pela enfermeira), a ilicitude (por falta de consentimento para o ato médico), a culpa (a profissional de saúde bem sabia que a paciente se encontrava em condições de prestar o seu consentimento e, mesmo assim, agiu sem o obter, violando as *leges artis* às quais estava incumbida), onexo causal (provando que, em consequência da episiotomia, sofreu danos graves, que, mesmo não se considerando que, isoladamente, a episiotomia os poderia causar, sempre se poderá afirmar que tal procedimento contribuiu para o seu agravamento) e o dano (hemorragias, infeção do períneo e fistula recto-vaginal).

É, por isso, lamentável a postura do STA. Perpetuar este tipo de condutas é o oposto do pretendido. É atrasar a evolução da sociedade. É impedir uma cidadã, sujeito de direitos e obrigações, de tomar uma decisão sobre algo que nos parece tão simples: o seu próprio corpo. É, ao cabo e ao resto, atentar contra a dignidade humana.

4. Um Olhar Pela Realidade Da Violência Obstétrica No Brasil

A violência obstétrica, embora só recentemente tenha começado a ganhar terreno e a ser alvo de debates no ordenamento jurídico português, já se encontra na ordem do dia no Brasil há algum tempo. Por esse motivo, faremos uma brevíssima análise sobre um caso que se tornou bastante mediático, contribuindo para o reconhecimento dos direitos reprodutivos não só no Brasil, como também um pouco por todo o globo.

Falamos, a este propósito, do caso “Alyne Pimentel VS. Brasil”⁸⁵, no qual o Estado brasileiro foi condenado por não ter prestado atendimento médico adequado à parturiente. Resumidamente, a grávida, no seu sexto mês de gestação, dirigiu-se a um hospital público por apresentar fortes náuseas e dores abdominais. No mesmo dia, depois de medicada, foi enviada para casa, pelo médico ginecologista obstetra que a examinou. No espaço de dois dias o quadro clínico da parturiente piorou, tendo provocado a morte do feto, que só foi constatada pelo terceiro médico que a assistiu. Somente no dia seguinte foi sujeita à retirada do feto, piorando substancialmente o seu estado clínico. Embora fosse necessária a sua transferência para outro hospital (pela circunstância daquele em que se encontrava não dispor de meios técnicos adequados à sua situação), a mesma só ocorreu após oito horas de espera, na medida em que o transporte através única ambulância disponível foi-lhe negado. A parturiente acabou por falecer horas depois de ter dado entrada no segundo hospital.

O caso foi apresentado pela mãe da parturiente ao Comitê CEDAW, que o analisou à luz dos arts. 2.º e 12.º da Convenção CEDAW. A admissibilidade da Comunicação emitida pelo Comitê deve-se ao facto de o Brasil ter aderido voluntariamente à Convenção. Embora as suas recomendações não vinculem os Estados outorgantes, subsiste o dever de reparação integral pelo Estado que violou as disposições previstas em Convenções internacionais sobre Direitos Humanos.

Assim, o Comitê entendeu que se tratava, efetivamente, de um caso de discriminação contra a mulher, aludindo à conexão existente com os erros médicos e o gênero da parturiente. Considerou que se tratava de uma morte materna, já que se deveu a complicações obstétricas relacionadas com a gravidez. Pelo exposto, considerou que o Estado brasileiro violou as obrigações previstas no art. 12.º (eliminação da discriminação contra a mulher no âmbito de cuidados médicos), art. 2.º, c) (proteção jurídica dos direitos das mulheres e acesso à justiça) e e) (eliminação da discriminação de gênero nas instituições privadas de saúde – já que o segundo hospital era privado) da Convenção CEDAW. Foram emitidas várias recomendações ao Estado brasileiro⁸⁶, das quais

⁸⁵ Correspondente à Comunicação nº 17/2008 do CEDAW, disponível em <https://www2.ohchr.org/english/law/docs/cedaw-c-49-d-17-2008.pdf>, consult. a 18/03/2023.

⁸⁶ Cfr. NUNES, ANA BEATRIZ CRUZ (2021), *Análise Jurisprudencial Sobre Violência Obstétrica No Tribunal De Justiça De São Paulo No Período De 2016 A 2019*, Dissertação de Pós-Graduação em Direito, Franca, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, págs. 75 e 76, disponível em

destacamos a necessidade de providenciar formação adequada aos profissionais de saúde sobre o direito à saúde reprodutiva das mulheres e, ainda, assegurar que sejam impostas sanções aos profissionais de saúde que violem os direitos reprodutivos das mesmas.

Tratou-se, na nossa opinião, de uma situação de violência obstétrica institucional. A análise do caso pelo Comitê foi fundamental para o reconhecimento da violência estrutural de gênero no âmbito do atendimento hospitalar, tendo sido, ademais, encarada a violência obstétrica como uma forma de violência contra o gênero, como já havíamos defendido.

https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/215415/Nunes_ABC_me_fran.pdf?sequence=3&isAllowed=y, consult. 18/03/2023.

Reflexões Conclusivas

A finalidade da presente investigação era demonstrar a evolução do instituto do consentimento informado e o tratamento que lhe é dado, quer pela doutrina quer pela jurisprudência. Cumpre, por isso, efetuar uma reflexão acerca da realidade atual da prática da medicina no que respeita à matéria em análise.

O consentimento corresponde a um elemento estrutural da relação médico-paciente. O seu reconhecimento traduz-se no respeito pelos mais elementares direitos do cidadão. Embora seja evidente um progresso significativo no que respeita à garantia do princípio da autodeterminação do paciente, bem como o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, corolários do princípio da dignidade da pessoa humana e que constituem parte integrante do próprio direito ao consentimento, o caminho ainda nos parece longo.

A violência obstétrica, embora tenha vindo a ganhar relevo recentemente, não tem sido encarada com a importância que deveria ter. Trata-se de um fenómeno relativamente recente, perpetrado pelos profissionais de saúde, e que se traduz na apropriação do corpo da parturiente por diversas formas. Este tipo de violência de género tem permanecido impune, em grande parte, pelo desconhecimento dos direitos das próprias mulheres, o que demonstra a irrelevância com que se encara matéria. Nesta medida, o atual quadro normativo afigura-se insuficiente para acautelar os direitos das parturientes, nomeadamente o direito a um tratamento condigno, à integridade física e/ou moral e aos direitos sexuais/reprodutivos. Na nossa opinião, a solução para assegurar o respeito pelo consentimento da mulher grávida (ou, pelo menos, o *menor dano possível* ao direito) passa pelo recurso às diretivas antecipadas de vontade, tema ao qual, infelizmente e por uma questão de economia de espaço, não pudemos debruçar a nossa atenção como gostaríamos, deixando, no entanto, algumas referências bibliográficas ao leitor.

Pudemos constatar, com um sentimento de inquietação, que o reconhecimento da importância do consentimento informado se encontra muito aquém do que seria exetável nos dias de hoje. Assistimos, ainda, a um certo paternalismo médico. É, portanto, necessária uma maior consciencialização para a importância deste instituto no âmbito da nossa jurisprudência, que se mostra relutante em reconhecer certas violações deste direito, que, indubitavelmente, colidem com o livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

Bibliografia

Doutrina

ALMEIDA, FERREIRA DE (1992), *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, Coimbra, Almedina.

ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE (2013), Anotação ao Art. 7.º, in *Comentário Ao Regime Da Responsabilidade Civil Extracontratual Do Estado E Demais Pessoas Coletivas*, Coord. Rui Medeiros, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Universidade Católica Editora, págs. 217 a 224.

AMARAL, DIOGO FREITAS DO (2021), *Curso de Direito Administrativo*, 4.ª Ed., Reimp., Lisboa, Almedina.

ANDRADE, MANUEL DA COSTA (1999), Anotação ao Art. 157.º, in *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial, Tomo I, Artigos 131º a 201º*, Coord. Jorge de Figueiredo Dias, 1.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, págs. 394 a 400.

BORGES, BÁRBARA BETTENCOURT, SERRANO, FÁTIMA E PEREIRA, FERNANDA (2003), *Episiotomia: Uso Generalizado Vs Selectivo, Artigo Revisão, Acta Médica Portuguesa*, págs. 447 a 454.

CADILHA, CARLOS (2011), *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas – Anotado*, 2.ª Ed., Coimbra Editora.

CANOTILHO, J.J GOMES E MOREIRA, VITAL (2007), Anotação ao Art. 25.º, in *Constituição da República Anotada, Vol. I*, 4.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, págs. 453 a 457.

CARVALHO, AMÉRICO TAIPA DE (2012), Anotação ao Art. 153.º, in *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial, Tomo I, Artigos 131º a 201º*, Coord. Jorge de Figueiredo Dias, 2.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, págs. 560 a 567.

CARVALHO, ORLANDO DE (1981), *Teoria Geral do Direito Civil: seu sentido e limites*, 2.ª Ed., Coimbra, Centelha.

CARVALHO, ORLANDO DE (2021), *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Ed., Coimbra, Gestlegal.

CARVALHO, RAQUEL (2013), Anotação ao Art. 8.º, in *Comentário Ao Regime Da Responsabilidade Civil Extracontratual Do Estado E Demais Pessoas Coletivas*, Coord. Rui Medeiros, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Universidade Católica Editora, págs. 225 a 239.

CORREIA, JOSÉ MANUEL SÉRVULO (1996), *As Relações Jurídicas Administrativas de Prestação de Cuidados de Saúde*, Direito da Saúde e Bioética, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Centro de Investigação de Direito Público, Lisboa.

DIAS, FIGUEIREDO/MONTEIRO, JORGE SINDE (1984), *Responsabilidade Médica em Portugal*, B.M.J., N.º 332, Lisboa, págs. 21 a 79.

DIAS, JOÃO ÁLVARO (1994), *Responsabilidade, informação, consentimento e confidencialidade*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Vol. III, N.º 4, Associação Portuguesa de Avaliação do Dano Corporal, págs. 9 a 32.

DUBOIS, LOUIS (2000), *Le devoir du patient à l'information: harmonisation des jurisprudences civile et administrative et problèmes de mise en oeuvre*, RDSS, 36.º Année, N.º 2, págs. 357 a 368.

FARIA, PAULA LOBATO DE/JARDIM, SARA VERA/COSTA, JOÃO PEREIRA DA (2008), *O Novo Regime Da Responsabilidade Civil Extracontratual Do Estado - Repercussões No Sistema De Saúde*, in *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, Vol. 26, N.º 1, Universidade Nova de Lisboa, Escola Nacional de Saúde Pública, págs. 89 a 116.

GOMES, CARLA AMADO (2018), *Anotação ao Art. 11.º*, in *O Regime Da Responsabilidade Civil Extracontratual Do Estado E Demais Entidades Públicas: Comentários À Luz Da Jurisprudência*, Coord. Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro e Tiago Serrão, 2.ª Ed., Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, págs. 713 a 740.

GOMES, CARLA AMADO (2019), *Novos Estudos Sobre Direito Da Responsabilidade Civil Extracontratual Das Entidades Públicas – Por Facto Da Função Administrativa*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

HÖRSTER, HEINRICH EWALD (2018), *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, 11.ª Reimp., Coimbra, Almedina.

MELO, MARTA SUSANA LOPES REIS DE (2005), *A importância do consentimento – Independência Médica vs. Autodeterminação do Doente*, in *Maia Jurídica, Revista de 120.º Direito*, Associação Jurídica da Maia, Ano III, N.º 1, Maia, págs. 59 a 91.

MONGE, CLÁUDIA (2014), *Das Diretivas Antecipadas De Vontade*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

MONGE, CLÁUDIA (2014), *O Direito À Proteção Da Saúde E O Conteúdo Da Prestação De Cuidados Médicos*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Dissertação solicitada à Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, não tendo sido disponibilizado o respetivo link).

MONIZ, ANA RAQUEL GONÇALVES (2003), *A Responsabilidade Civil Extracontratual Por Danos Resultantes Da Prestação De Cuidados De Saúde Em Estabelecimentos Públicos: O Acesso À Justiça Administrativa*, Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra Editora.

NUNES, ANA BEATRIZ CRUZ (2021), *Análise Jurisprudencial Sobre Violência Obstétrica No Tribunal De Justiça De São Paulo No Período De 2016 A 2019*, Dissertação de Pós-Graduação em Direito, Franca, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, disponível em https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/215415/Nunes_ABC_me_fran.pdf?squence=3&isAllowed=y, consult. a 18/03/2023.

OLIVEIRA, GUILHERME DE (2001), *Auto-regulação profissional dos médicos*, in RLJ, N.º 3923, págs. 34 a 40.

OLIVEIRA, GUILHERME DE (2005), *Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica*, in *Temas de Direito da Medicina*, 2.ª Ed. Aumentada, Coimbra, Coimbra Editora.

PENNEAU, JEAN (1996), *La Responsabilité Du Médecin*, 2.ª Ed., Dalloz, Paris.

PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS (2004), *O Consentimento Informado na Relação Médico-paciente: Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora.

PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS (2012), *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Civilísticas, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, disponível em <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/31524/1/Direitos%20dos%20pacientes%20e%20responsabilidade%20m%c3%a9dica.pdf>, consult. a 25/01/2023.

PINA, ESPERANÇA (2003), *A Responsabilidade dos Médicos*, 3.ª Ed., Lisboa, Lidel.

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA (2012), *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Ed, 2.ª Reimp., Coimbra, Coimbra Editora.

RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS (2014), *Consentimento Informado, Causalidade e Ónus Da Prova Em Responsabilidade Hospitalar, Anotação ao Acórdão do STA, de 9 de Maio de 2012 (proc. 093/12), in Responsabilidade na Prestação de Cuidados de Saúde*, Coord. Carla Amado Gomes, Miguel Assis Raimundo e Cláudia Monge, Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, págs. 73 a 95.

SIMÕES, VÂNIA ALEXANDRA DOS SANTOS (2016), *A Violência Obstétrica: A Violência Institucionalizada Contra O Género*, Associação Portuguesa de Mulheres Juristas, Lisboa, s.n.

VIANA, ANA JÉSSICA SOARES E BERLINI, LUCIANA FERNANDES (2019), *Responsabilidade Civil Do Médico Em Casos De Violência Obstétrica No Ordenamento Jurídico Brasileiro, Saúde, Novas tecnologias e Responsabilidades – Nos 30 anos do Centro de Direito Biomédico*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, págs. 79 e ss, disponível em <http://www.centrodereitobiomedico.org/publica%C3%A7%C3%B5es/publica%C3%A7%C3%B5es-online/cadernos-da-lex-medicinae-n%C2%BA-4-vol-i-sa%C3%BAde-novas-tecnologias-e>, consult. a 27/01/2023.

Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, Proc. N.º 0982/03, datado de 20/04/2004, relatado por Políbio Henriques, disponível em http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/c14702bdbddcd6f780256e83004b0b9c?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1, consult. a 14/02/2023.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. N.º 08A3323, datado de 09/12/2008, relatado por Mário Cruz, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1558da44bb1b0c5e8025751b004e9916?OpenDocument>, consult. a 14/02/2023.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, Proc. N.º 093/12, datado de 09/05/2012, relatado por Costa Reis, disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/9e989c326795bcbc80257a020034ae19?OpenDocument&Highlight=0,093%2F12>, consult. a 16/02/2023.

Documentação Relevante

Anteprojeto de Lei do BE, disponível em https://www.esquerda.net/sites/default/files/imagens/11-2021/anteprojeto_de_lei_-_violencia_obstetrica.pdf, consult. a 29/01/2023.

Associação Portuguesa Pelos Direitos da Mulher na Gravidez e Parto: <https://associacaogravidezparto.pt/>, consult. a 29/01/2023.

Comunicação N.º 17/2008 CEDAW (2008), Caso “Alyne Pimentel VS. Brasil”, disponível em <https://www2.ohchr.org/english/law/docs/cedaw-c-49-d-17-2008.pdf>, consult. a 18/03/2023.

D.L n.º 48 051, de 21 de novembro de 1967, disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/48051-1967-385464>, consult. a 14/02/2023.

Declaração Sobre Prevenção e Eliminação de Abusos, Desrespeito e Maus-tratos durante o Parto em Instituições de Saúde (2014), disponível em https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf, consult. a 27/01/2023.

Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, disponível em https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por, consult. a 13/11/2022.

Entidade Reguladora Da Saúde (Maio de 2009), Relatório Final: O Consentimento Informado, Porto, disponível em https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/73/Estudo-CI.pdf, consult. a 13/11/2022.

Inquérito sobre experiências de parto em Portugal:
http://www.associacaogravidezparto.pt/wp-content/uploads/2016/08/Experi%C3%Aancias_Parto_Portugal_2012-2015.pdf e
<https://associacaogravidezparto.pt/episiotomia-luz-da-lei/>, consult. a 29/01/2023.

Lei n.º 110/2019, de 9 de setembro, disponível em
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?tabela=leis&nid=3164&pagina=1&ficha=1, consult. a 27/01/2023.

Lei n.º 15/2014, de 21 de março, disponível em
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2292&tabela=leis&so_milo=, consult. a 01/02/2023.

Lei n.º 26.485, de 11 de março (Argentina), disponível em
https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/ley_26485_violencia_familiar.pdf,
consult. a 27/01/2023.

Lei n.º 29/78, de 12/06, disponível em:
<https://files.dre.pt/1s/1978/06/13301/00010018.pdf>, consult. a 13/11/2023.

Lei n.º 38.668, de 23 de abril de 2007 (Venezuela), disponível em
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6604.pdf>, consult. a
27/01/2023.

Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, disponível em
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2073&tabela=leis,
consult. a 14/02/2023.

Motivos que poderão explicar a violência obstétrica:
<https://malmequer.webnode.com.pt/abuso-obstetrico/causas/>, consult. a 27/01/2023.

OMS: Declaração Sobre Prevenção e Eliminação de Abusos, Desrespeito e Maus-tratos durante o Parto em Instituições de Saúde (2014), disponível em
https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf,
consult. a 27/01/2023.

OMS: Recomendações sobre episiotomia (outubro 2015), disponível em http://www.associacaogravidezparto.pt/wp-content/uploads/2016/08/Experi%C3%A7%C3%A3o_Ancias_Partos_Portugal_2012-2015.pdf e <https://associacaogravidezparto.pt/episiotomia-luz-da-lei/>, consult. a 26/01/2023.

OMS: World Report on Violence and Health (2002), disponível em http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/42512/9241545623_eng.pdf?sequence=1, consult. a 27/01/2023.

Parecer do Colégio da Especialidade de Ginecologia e Obstetrícia (julho 2021), disponível em <https://ordemdosmedicos.pt/informacao-sobre-violencia-obstetrica/>, consult. a 27/01/2023.

Projeto-Lei 912/XIV/2.^a, da iniciativa da deputada não-inscrita Cristina Rodrigues, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=121036>, consult. a 29/01/2023.

Resolução 181/2021, de 28 de junho, disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/resolucao-assembleia-republica/181-2021-165865615>, consult. a 29/01/2023.

Resolução do Conselho da Europa n.º 2306/2019, de 3 de outubro, disponível em <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=28236&lang=en>, consult. a 27/01/2023.