



## Universidades Lusíada

Araújo, Marisa Isabel Almeida

### **Os direitos humanos no nascimento = Human rights at birth**

<http://hdl.handle.net/11067/4369>

<https://doi.org/10.34628/rwz1-jw20>

#### **Metadados**

<b>Data de Publicação</b>	2016
<b>Resumo</b>	1. Introdução. 2. A escolha pelo local do nascimento. 3. O caso Ternovsky v. Hungary. 4. O caso Dubská and Krejzova v. The Czech Republic. 5. O direito ao local do nascimento. 6. Conclusões. Bibliografia. Fontes....
<b>Palavras Chave</b>	Parto em casa, Nascimento - Direito e legislação, Direitos humanos
<b>Tipo</b>	article
<b>Revisão de Pares</b>	Não
<b>Coleções</b>	[ULL-FD] LD, s. 2, n. 15 (2016)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-10-19T00:37:37Z com informação proveniente do Repositório

---

## OS DIREITOS HUMANOS NO NASCIMENTO

### *HUMAN RIGHTS AT BIRTH*

Marisa Almeida Araújo<sup>1</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A escolha pelo local do nascimento. 3. O caso Ternovsky v. Hungary. 4. O caso Dubska and Krejzova v. The Czech Republic. 5. O direito ao local do nascimento. 6. Conclusões. Bibliografia. Fontes.

**Resumo:** O avanço da medicina e os cuidados de saúde são determinantes para a sobrevivência neonatal culminando com um decréscimo da mortalidade decorrente do parto, quer das próprias parturientes, quer dos recém-nascidos<sup>2</sup>. Para isto muito terá contribuído o enfoque colocado na assistência especializada por profissionais de saúde, em meio hospitalar, passando o parto e o nascimento para um procedimento médico controlado.

A verdade é que, não obstante, tem sido crescente, e está a aumentar, nomeadamente em Portugal, a opção por partos, fora de ambiente hospitalar hostil, no domicílio e com o mínimo de recurso a meios hospitalares ou médicos.

Mas esta tendência coloca a pertinente questão, de conteúdo médico desde logo, de saber se a escolha do local do nascimento, concretamente pela consequente preterição de acesso a meios médicos e hospitalares imediatos que da opção resulta, tem impacto na decorrência do parto, do nascimento e nas suas intercorrências.

Atendendo à inexistência de consenso quanto à segurança de partos em casa coloca-se juridicamente a questão de saber se é possível proibir, de alguma forma, a opção da grávida na escolha do local do parto, mormente por um parto em casa e com a inerente sanção a quem viole a proibição, nomeadamente aos enfermeiros que assistam a grávida ou, pelo contrário, sendo uma opção da mulher e insuscetível portanto de ser proibida, se existe uma imposição para regulamentação da matéria,

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito, na variante de Ciências Jurídico-Económicas, pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto; Docente nos cursos de Direito e Criminologia da Universidade Lusíada -Norte (Porto); Advogada.

<sup>2</sup> Lawn, J. E., Cousens, S., & Zupan, J., (2005), *Sobrevivência Neonatal 1. 4 milhões de mortes neonatais. Quando? Onde? Porquê?*, Para a The Lancet Neonatal Survival Steering Team, consultado no site:[http://www.who.int/maternal\\_child\\_adolescent/documents/pdfs/lancet\\_neonatal\\_survival\\_series\\_pr.pdf](http://www.who.int/maternal_child_adolescent/documents/pdfs/lancet_neonatal_survival_series_pr.pdf) a 20 de out. de 2016, p. 13.

ou seja, o estabelecimento dos requisitos e condições que, a verificar-se, garantam a efetividade da opção.

Não existe em Portugal, ao contrário de outros países, regulamentação sobre o assunto, ainda que a sua prática não se encontre proibida.

**Palavras-chave:** Parto em casa; Direitos Humanos; Convenção Europeia dos Direitos do Homem; Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; Regulamentação.

**Abstract:** The advance of medicine and health care are considered determining factors for neonatal survival, with a decrease in mortality due to childbirth, both for the mothers and the new-borns<sup>3</sup>. To this goal has contributed the emphasis that was placed on providing specialized care by health professionals, in the hospital settings, considering labor and delivery a controlled medical procedure.

The truth is that, nevertheless, there has been a growing increase, including Portugal, for the option of childbirth at home, outside hostile hospital environment, with the least recourse to hospital or medical means.

But this trend raises the pertinent question, of medical content, whether the choice of the birth place, namely the lack of access to immediate medical and hospital facilities, has an impact on childbirth, birth and its interurrences.

Since there is not an unitary position in the medical community about the safety of home births, arises the question as to whether it is possible to prohibit, in any way, the choice of the pregnant women of place of birth, especially for a home birth, with the inherent sanction of those who violate the prohibition, namely nurses attending the pregnant woman or, being an option of the women and unsusceptible, therefore to be prohibited, if there is, on the other hand, an imposition for the regulation of the matter, that is, the establishment of requirements and conditions that, if verified, guarantee the effectiveness of the option. There is no regulation in Portugal, unlike other countries, even though its practice is not prohibited.

**Keywords:** Home birth; Human rights; European Convention on Human Rights; European Court of Human Rights; Regulation.

## 1. Introdução

A crescente tendência pela escolha do chamado parto humanizado e no domicílio, em ambiente familiar e com o mínimo de recurso a assistência médica, suscita questões ao nível da segurança da mulher e, sobretudo, do recém-nascido, postulando-se uma situação de eventual conflito de interesses entre a escolha da mãe pelo local onde quer que decorra o parto e os interesses do filho associados à preterição dos meios que uma unidade hospitalar pode disponibilizar e que, por isso, se possa afigurar o parto no domicílio como menos seguro.

---

<sup>3</sup> Lawn, J. E., Cousens, S., & Zupan, J., (2005), *Sobrevivência Neonatal 1. 4 milhões de mortes neonatais. Quando? Onde? Porquê?*, Para a The Lancet Neonatal Survival Steering Team, consultado no site:[http://www.who.int/maternal\\_child\\_adolescent/documents/pdfs/lancet\\_neonatal\\_survival\\_series\\_pr.pdf](http://www.who.int/maternal_child_adolescent/documents/pdfs/lancet_neonatal_survival_series_pr.pdf) a 20 de out. de 2016, p. 13.

Estando em causa a escolha da mulher, concretamente da forma como quer que decorra o parto do seu filho suscita-se, por um lado a eventual existência de um efetivo direito a essa escolha e, por outro, a garantia de acesso a cuidados de saúde, por parte da mãe e do recém-nascido que, desta forma, se pode ver coarctado de razoáveis recursos médicos, em tempo útil, aumentando o risco do nascimento e, até, da sobrevivência da criança<sup>4</sup>.

Estes interesses, ainda que se admita, não admite, que a mãe os pondera e zelará por eles, podem configurar-se como conflituantes levando a uma necessidade de ponderação e ingerência na escolha. Pode assim impor-se caso se demonstre, ou possa demonstrar, que a escolha do local do nascimento pode ser factor a considerar nas intercorrências do nascimento, partindo de um pressuposto que esta escolha é determinante no grau de risco do procedimento, legitimar exercícios de ingerência nos direitos da mulher grávida.

Esta situação tem levado a Direção-Geral da Saúde a desaconselhar a prática e a chamar a atenção para os riscos associados a esta escolha. No âmbito da apresentação do Programa Nacional para a Vigilância da Gravidez de Baixo Risco<sup>5</sup> o Diretor-Geral da Saúde referiu-se concretamente ao parto domiciliário e às situações dramáticas em que alguns recém-nascidos chegam ao hospital após parto sem assistência médica, no domicílio, e que é uma prática que se mostra necessário combater<sup>6</sup>.

No mesmo sentido se pronunciou o Presidente da Sociedade Portuguesa de Obstetrícia e Medicina Materno-Fetal, chamando a atenção para o facto da escolha de um parto em casa constituir uma forma de renúncia a um efetivo serviço de saúde que, no caso Português apresenta uma das mais baixas taxas de mortalidade perinatal do mundo; por isto, esta opção se mostra desaconselhável para o Presidente.

Em Portugal, não existe qualquer proibição sobre a escolha do local do parto nem censura<sup>7</sup> aos enfermeiros que assistam os partos em casa, sendo possível à mulher grávida contratar serviços destes profissionais, que auxiliam o nascimento, em ambiente doméstico e familiar preterindo meios hospitalares.

---

<sup>4</sup> A 12 de Julho de 2016 foi condenada em primeira instância, no Tribunal de Sintra, uma enfermeira que assistiu ao parto da bebé Alice em casa concluindo o Tribunal que a Arguida omitiu deveres de cuidado a que, no âmbito da sua profissão, estava adstrita e que, caso o nascimento tivesse ocorrido em ambiente hospitalar ou fosse de imediato providenciada assistência médica a bebé teria 90% de hipóteses de sobrevivência.

<sup>5</sup> A 11 de Novembro de 2015, tendo o programa sido consultado no site [www.dgs.pt](http://www.dgs.pt) a 21 de out. de 16.

<sup>6</sup> Segundo INE, em Portugal, durante o ano de 2015 há registos de cerca de 700 partos em casa e mais de 83000 em unidades hospitalares. Da mesma fonte resulta que há registos de 5 mortes de recém-nascidos em casa e 111 em ambiente hospitalar.

<sup>7</sup> Referimo-nos concretamente a uma censura pelo facto destes profissionais aceitarem assistir a um parto fora de ambiente hospitalar, ou seja, em casa, ressaltando-se, como é evidente todas as situações quer culminem em incumprimento de *legis artis*, dever de informação e auxílio que podem levar, nos termos gerais de Direito aplicáveis, a responsabilidade civil, disciplinar e, até, penal.

Quanto a esta matéria, e perante a inexistência de regulamentação concreta, a Ordem dos Enfermeiros<sup>8</sup> emitiu informações/ recomendações à grávida/ casal sobre o local do parto, tipo de parto e nascimento dos seus filhos sendo que, caso o casal, devidamente informado, opte por um parto no domicílio deve fazê-lo de forma segura e responsável.

A Ordem dos Enfermeiros, de forma clara, estabelece que a grávida, ou o *casal grávido* como se lhes refere, que desejem, em absoluto, um parto domiciliário, devem garantir a escolha de profissional adequado<sup>9</sup>, habilitado e competente nos termos legais ao desempenho da função, cujas habilitações do profissional escolhido devem ser certificadas e o casal esclarecido sobre a metodologia de trabalho.

As recomendações constituem cátedra de *legis artis* e boas práticas aos profissionais que prestam estes serviços<sup>10</sup>. A Ordem recomenda que *o profissional de saúde não trabalhe sozinho, (aconselha-se a existência de outro profissional de saúde em caso de necessidade), exista um consentimento informado e esclarecido, escrito e assinado, tanto pelo casal como pelos profissionais de saúde e as competências inerentes a esta metodologia devem estar focalizadas em: Prestar assistência de forma individualizada à grávida/casal; Deter formação e experiência na condução de trabalhos de parto normais; Articular com equipas de assistência perinatal de outros serviços de saúde existentes, sempre que surja algum indicador de compromisso de bem-estar materno-fetal; Saber identificar e interpretar sinais prodrómicos do trabalho de parto; Implementar estratégias que aliviem desconfortos dos sinais prodrómicos ao longo do trabalho de parto<sup>11</sup>, recomendando-se, ainda, que a mulher/ casal esclareça e estabeleça um plano de emergência e urgência.*

Na mesma esteira, esta Ordem de profissionais emitiu Parecer<sup>12</sup>, atendendo ao crescimento da opção, em Portugal, pelos partos domiciliários, alertando que

---

<sup>8</sup> Através da Recomendação n.º 1/2012 de 22 de Março de 2012 pelo Colégio da especialidade de Enfermagem de Saúde Materna e Obstetrícia 2012/ 2015 consultada no site [www.ordemenfermeiros.pt](http://www.ordemenfermeiros.pt) a 21 de out. de 16.

<sup>9</sup> A aludida Recomendação da Ordem dos Enfermeiros estabelece que, esta escolha é no “*intuito de otimizar o conhecimento do profissional de saúde escolhido, para o acompanhamento do trabalho de parto, parto e pós-parto, é desejável que este mesmo profissional realize o acompanhamento da vigilância pré-natal, ou seja, ao longo de toda a gravidez, permitindo desse modo a confirmação e a garantia de um processo de gravidez normal, sem episódios de patologia concomitante e com uma desejável preparação para o nascimento*”.

<sup>10</sup> As recomendações visam alertar os profissionais de saúde da *legis artis*, afastando possíveis juízos de censura sobre a sua atuação que possa dar causa a responsabilidade pessoal dos enfermeiros. Regras que importam que sejam identificadas situações que, para efeitos de apreciação objectiva não permitirão que seja demonstrado que, caso algum problema suceda decorrente do nascimento, quer para a mulher quer para a criança, a escolha do local do parto não seja, *ab initio*, um factor de aumento do risco que permitisse ou impusesse a recusa pela prestação dos serviços ou, tendo-se iniciado, a condução imediata a serviços médicos em ambiente hospitalar por extravasar o âmbito do consentimento da parturiente.

<sup>11</sup> Vd. Recomendação n.º 1/2012 de 22 de Março de 2012 *supra* referida na nota de rodapé n.º 8.

<sup>12</sup> N.º 31/2013, sobre o Parto no domicílio, Hipótese de realização de parto em casa, pela Mesa do Colégio da Especialidade em Enfermagem de Saúde Materna e Obstétrica, consultado no site [www.ordemenfermeiros.pt](http://www.ordemenfermeiros.pt) a 21 de out. de 16.

ainda que não esteja a fomentar o parto em casa, alerta que é uma decisão que deve caber à mulher/ casal, e a mesma deve ser, por isso, esclarecida remetendo, para o efeito, para a recomendação *supra* citada.

Afigura-se, assim, em Portugal, a escolha pelo local do parto uma efetiva opção, ao nível de sistemas privados de cuidados de saúde que, ainda que sem regulamentação, a verdade é que não se mostra como uma prática proibida, aplicando-se, quanto aos profissionais de saúde que aceitem o acompanhamento do parto em casa, o cumprimento de *legis artis* a que se encontram adstritos e que, para o efeito, a Ordem dos Enfermeiros formalizou nas recomendações referidas estabelecendo diretrizes de boas práticas.

De facto, segue a Ordem dos Enfermeiros a posição da Organização Mundial da Saúde quanto a esta matéria que estabelece que *“a low-risk pregnant woman this can be at home, at a small maternity clinic or birth center in town or perhaps at the maternity unit of a larger hospital. However, it must be a place where all the attention and care are focused on her needs and safety, as close to home and her own culture as possible. If birth does take place at home or in a small peripheral birth center, contingency plans for access to a properly-staffed referral center should form part of the antenatal preparations”*<sup>13</sup>.

A OMS não estabelecendo qualquer proibição sobre a prática, pelo contrário, admitindo-a ainda que sujeita a um controlo e orientação expressas de índole médico principalmente e de acordo com a situação concreta da mulher grávida, com gravidez de baixo risco e com plano de contingência para qualquer situação de emergência e necessidade de cuidado de saúde urgente.

No Reino Unido, um dos países que regulamenta os partos em casa, a *National Institute for Health and Care Excellence* estabelece as *guidelines* para a grávida poder escolher o local do nascimento, incluindo a *midwifery unit*<sup>14</sup>.

Nesta opção pela regulamentação no Reino Unido, um estudo da *National Perinatal Epidemiology Unit da University of Oxford*<sup>15</sup> conclui que o parto em casa é geralmente bastante seguro (*generally very safe*) e que a *Midwifery units appear to be safe for the baby and offer benefits for the mother*<sup>16</sup>. O mesmo estudo da Universidade de Oxford conclui que o custo de um parto em casa, para o sistema de saúde, é mais baixo e, ainda, em termos de custo-benefício a análise entre o parto em unidade obstétrica e o parto domiciliário demonstra que este apresenta uma poupança relativa.

<sup>13</sup> *Safe Motherhood, Care in normal birth: a practical guide. Department of Reproductive Health & Research, World Health Organization, Geneva, (1996), consultado no site [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/63167/1/WHO\\_FRH\\_MSM\\_96.24.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/63167/1/WHO_FRH_MSM_96.24.pdf) a 21 de out. de 16, p. 12.*

<sup>14</sup> *Intrapartum care for healthy women and babies Clinical guideline [CG190], December 2014, consultado no site <https://www.nice.org.uk/guidance/cg190/chapter/1-Recommendations#place-of-birth> a 21 de out. de 16.*

<sup>15</sup> *The Birthplace in England Research Programme, consultado no site <https://www.npeu.ox.ac.uk/downloads/files/birthplace/Birthplace-Q-A.pdf> a 21 de out. de 16.*

<sup>16</sup> *Idem, p. 5.*

Apesar de tudo, a verdade é que não é homogênea a posição dos profissionais de saúde sobre os partos em casa estando, em Portugal, por regulamentar especificamente ainda que tenha que se reconhecer que existe uma preocupação séria de harmonização da regras, dos requisitos à organização e funcionamento da prestação de serviços médicos e de enfermagem em obstetrícia e neonatologia, quer em serviços públicos quer privados de saúde<sup>17</sup>.

Assim, não sendo proibida, a escolha do local do parto assume-se como uma opção possível que as mulheres podem tomar, acompanhadas por um profissional de enfermagem, no seu domicílio, sem qualquer sanção, desde que estes garantam o cumprimento da *legis artis*, vertidas, amplamente, nas recomendações da Ordem dos Enfermeiros sobre o assunto.

## 2. A escolha pelo local de nascimento

O parto e nascimento não são, ou não constituem, como refere a Organização Mundial da Saúde<sup>18</sup>, um conceito *standard* universal sendo que se tem visto uma crescente discussão sobre as vantagens da diminuição das intervenções médicas, concluindo que num nascimento normal deve haver razão válida para interferir com o processo natural do parto.

Com o fenómeno de os partos ocorrerem, por regra, em ambiente hospitalar, pode haver a tentação, como refere a OMS<sup>19</sup>, de tratar os partos de acordo com um protocolo *standard* sem considerar as concretas vicissitudes da grávida, podendo dar causa a que as mulheres e os filhos sejam sujeitos a intervenções médicas desnecessárias, reconhecendo que em alguns países estão já implementados para mulheres com gravidez de baixo risco<sup>20</sup> centros, dentro e fora dos hospitais, estabelecidos num ambiente tipo-familiar, a referida *home-like atmosphere*, em que as mulheres ficam sujeitas a cuidados primários de uma

---

<sup>17</sup> Pela Portaria n.º 615/2010 de 3 de agosto, Portaria do Ministério da Saúde de 8/2014 de 14 de Janeiro publicada no Diário da República, 1.ª série e pela Portaria 310/2016 de 12 de Dezembro de 2016 publicada no Diário da República, 1.ª série que no seu sumário “define os requisitos técnicos de funcionamento das unidades privadas e dos estabelecimentos hospitalares do SNS, que tenham por objeto a prestação de serviços médicos e de enfermagem em obstetrícia e neonatologia, no que respeita às normas de qualidade e segurança e à elaboração e comunicação dos relatórios de avaliação dos cuidados prestados, nomeadamente nas unidades sem urgência aberta, nas unidades com urgência permanente e aberta ao exterior com equipa nuclear e nas unidades com urgência permanente e aberta ao exterior com equipa alargada (as que recebem grávidas em qualquer idade gestacional)”.

<sup>18</sup> *Safe Motherhood, Care in normal birth: a practical guide*. Department of Reproductive Health & Research, World Health Organization, Geneva, (1996), consultado no site [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/63167/1/WHO\\_FRH\\_MSM\\_96.24.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/63167/1/WHO_FRH_MSM_96.24.pdf) a 27 de out. de 16, p. 1.

<sup>19</sup> *Idem*, p. 2.

<sup>20</sup> Também no guia da OMS referida no ponto precedente, a Organização estabelece os critérios para considerar uma definição de “normal birth” no qual se devem considerar dois fatores: “the risk status of the pregnancy, and the course of labour and delivery”, *idem*, p. 3.

*midwife*<sup>21 22</sup>, com o escopo de garantir a menor interferência, mormente médica, com o decurso natural do parto.

Em 1992 o relatório da *House of Commons Health Committee* em serviços de maternidade, publicado no Reino Unido, recomendou que as *midwife* “*should carry their own caseload and take full responsibility for the women in their care; midwives should also be given the opportunity to establish and run midwife-managed maternity units within and outside hospitals* (House of Commons 1992). *The report was followed by the Expert Maternity Group report “Changing Childbirth” (Department of Health 1993) with comparable recommendations. These documents are first steps towards increased professional independence for midwives in Britain. In a few European countries midwives are fully responsible for the care of normal pregnancy and childbirth, either at home or in hospital*”<sup>23</sup>.

Tem sido evidente um movimento de insatisfação sobre a tendência de um parto, no ambiente que consideram *hostil* de um hospital, e com intervenções médicas *standard* desnecessárias face ao curso natural do processo que leva ao nascimento, sem informação, fazendo com que as mulheres se sintam impotentes, sem controlo sobre o procedimento e o seu corpo, colocando-se o enfoque na sua dignidade pessoal<sup>24</sup>.

Mas, de facto, o busílis da questão coloca-se, desde logo, no critério “*segurança*” que o meios hospitalares e os recursos médicos presentes podem garantir quando, em comparação, com um parto fora deste ambiente.

A OMS refere, no mesmo relatório *supra* referido<sup>25</sup>, que na Holanda, país onde existe sistema de partos em casa em diversas regiões, ao contrário de

<sup>21</sup> “(...) *the label midwife as an occupational identity is not used in any of the medieval languages of Christian Europe (wich do mention other female occupations) until the fourteenth century*”. Navas, Carmen Caballero, (2014), *She will give birth immediately. Pregnancy anf childbirth in medieval Hebrew medical texts produced in the Mediterranean West*. Department of Semitic Studies, University of Granada, *Dynamis* 2014; 34 (2); 377 – 401, p. 394.

<sup>22</sup> A OMS, *Safe Motherhood, Care in normal birth: a practical guide*. Department of Reproductive Health & Research, World Health Organization, Geneva, (1996), p. 12, consultado no site [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/63167/1/WHO\\_FRH\\_MSM\\_96.24.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/63167/1/WHO_FRH_MSM_96.24.pdf) a 21 de out. de 16., p. 5., indica que “*the international definition of the midwife, according to WHO, ICM (International Confederation of Midwives) and FIGO (the International Federation of Obstetricians and Gynaecologists) is quite simple: if the education programme is recognized by the government that licenses the midwife to practice (...)*”

<sup>23</sup> *Idem*, p. 7.

<sup>24</sup> Em 2014, nos Estados Unidos, uma parturiente foi indemnizada em 1,4 milhões de dólares atendendo à conduta do obstetra durante o nascimento do seu filho. O Tribunal considerou que “*during Skol’s childbirth, her obstetrician, Dr. Scott Pierce, denied Skol pain medication and told her, “Pain is the best teacher”; refused to answer her questions; told her, “Shut up, close your mouth, and push”; artificially ruptured the membrane in order to induce her water to break without consent; and told a nurse, who attempted to show Skol the Fetal Heart Monitor, “No, do not help her.” After the delivery, Dr. Pierce refused to allow either Skol or her husband to hold the baby*”. P. 359, *The Patient Protection and Affordable Care Act and Choice in Childbirth: How the ACA’s Nondiscrimination Provisions May Change the Legal Landscape of Childbirth*, McCartney, Caitlin, *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 2016, Volume 24 | Issue 3, article 1. (Vide *Skol v. Pierce, The Verdict, JOURNEY TO A BETTER BIRTH* (Feb. 1, 2014), <https://partusmelior.wordpress.com/2014/02/01/skol-v-pierce-the-verdict/>).

<sup>25</sup> *Idem*, p. 12.



outras, onde o parto em ambiente hospitalar tem maior incidência, nos estudos realizados, não se mostra maior incidência de mortalidade perinatal nas regiões com maior número de partos em casa quando comparados com os resultados das regiões com maior incidência de partos em ambiente hospitalar o que será demonstrativo que, *de per si*, a escolha pelo local do parto não é factor absoluto de aumento do risco em partos domiciliários.

Acrescenta ainda, com recurso às mesmas fontes, que também não se demonstrava que o sistema de cuidados de saúde à mulher grávida era melhor ou apresentava melhoria com o aumento de cuidados médicos.

Do estudo em apreço da OMS não resulta de qualquer forma uma manifestação de interesse sobre as escolhas do local do nascimento mas sim um estudo sobre o assunto, e à pergunta sobre onde as mulheres podem ter o parto, a Organização conclui que as grávidas devem escolher o local onde se sintam mais seguras, concluindo que, *“for a low-risk pregnant woman this can be at home, at a small maternity clinic or birth center in town or perhaps at the maternity unit of a larger hospital. However, it must be a place where all the attention and care are focused on her needs and safety, as close to home and her own culture as possible. If birth does take place at home or in a small peripheral birth center, contingency plans for access to a properly-staffed referral center should form part of the antenatal preparations”*<sup>26</sup>.

Quanto a esta matéria, de conteúdo médico e que, independentemente das recomendações da OMS a verdade é que o tema está longe de ser pacífico na comunidade médica, resta saber se esta eventual opção sobre o local do nascimento é susceptível de ser, ou ter que ser, regulamentado, quer no sentido negativo, ou seja, no sentido de ser uma prática proibida ou se, pelo contrário, constitui um direito da mulher grávida e se impõe, aos Estado, a respectiva regulamentação para constituir uma opção válida num exercício de direitos que se deve reconhecer.

Em todo o caso, a questão coloca-se desde logo ao nível do direito à vida privada e familiar da mulher grávida e os direitos decorrentes deste, ou seja, se é possível conceber que a escolha pelo local do nascimento faz parte do leque de direitos que integra a esfera jurídica das mulheres grávidas.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem estabelece no n.º 1 do seu art. 8.º, sob a epígrafe “Direito ao respeito pela vida privada e familiar”, que *“qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”*, esclarecendo, no n.º 2 do mesmo preceito que *“não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros”*.

O art. 8.º da CEDH estabelece o *direito pelo respeito pela vida privada e familiar e está em desenvolvimento contínuo devido às mudanças sociais e jurisprudência*

---

<sup>26</sup> *Idem.*

*inovadora*<sup>27</sup> resultando, desde logo, obrigações de *non facere* ou de não ingerência pelas autoridades públicas, senão em casos justificados, conforme n.º 2 do art. 8.º.

Este preceito passou a incluir, com a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no caso *Ternovsky vs. Hungary*, o direito de escolha pelo local do parto.

### 3. O caso *Ternovsky v. Hungary*

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, na segunda secção no âmbito do processo 67545/09, interposto a 15 de Dezembro de 2009, cuja decisão se tornou definitiva a 14/03/2011, decidiu o caso que opunha Anna Ternovsky contra a Hungria, decidindo em favor daquela<sup>28</sup>.

A Queixosa alegava, nos termos do art. 8.º, em conjugação com o art. 14.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que o facto de ela não poder socorrer-se de ajuda profissional adequada na assistência ao parto em casa, que decidiu ter, atendendo às proibições legais existentes no ordenamento jurídico interno do Estado, violava a sua opção pela escolha do local do nascimento do seu filho.

Argumentou a Queixosa que as proibições legais, nomeadamente de censura aos profissionais de saúde que assegurassem o acompanhamento do parto em casa, constituíam uma efectiva forma de discriminação e punham em causa o respeito pela sua vida privada.

A Queixosa estava grávida e viu-se coarctada da possibilidade de ter um parto em casa, em detrimento de um parto em ambiente hospitalar que se lhe impunha como única opção, já que, nos termos da legislação em vigor “*any health professional assisting a home birth runs the risk of conviction for a regulatory offence and, indeed, at least one such prosecution has taken place in recent years (section 101(2) of Government Decree no. 218/1999 (XII.28.)*”<sup>29</sup>, concluindo a Queixosa que não há qualquer razão para que esteja prevista na lei qualquer forma dissuasora de profissionais assistirem, querendo, a partos em casa, como acontecia com a legislação do país.

Nos termos da decisão em análise, o Estado argumentou<sup>30</sup> que dos factos não resultava que a Queixosa havia alegado matéria que permitisse determinar que esta havia sido directa e pessoalmente afectada pela ausência de regulamentação sobre partos em casa e que o art. 8.º da Convenção não impunha qualquer obrigação positiva, mormente quanto às opções sobre serviços de saúde, de regulamentação de partos em casa.

<sup>27</sup> Hostmaelingen, N., (2016), *Direitos Humanos num Relance*. (E. Sílabo, Ed.) Lisboa, p. 69.

<sup>28</sup> Decisão consultada a 27 de out. de 16 no site <http://www.hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-102254>.

<sup>29</sup> Decisão consultada a 27 de out. de 16 no site <http://www.hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-102254>, p. 2.

<sup>30</sup> *Idem* pp. 5. e ss.

O Estado argumentou ainda, nos termos do sumário da decisão sobre os argumentos de mérito, que os direitos consignados no preceito podem ser objecto de restrições e, quando, como no caso da temática em apreço, não existe consenso entre os Estados Membros do Conselho da Europa e se colocam questões de ordem ética e moral, a margem de discricionariedade devia ser ainda mais ampla no que tange à possibilidade de consignar, legalmente, restrições, como é admissível pelo próprio preceito, no n.º 2 do art. 8.º.

Para além disso, a margem dos Estados na imposição de restrições devia ainda ser mais ampla quando, em causa, está a ponderação entre os interesses públicos e privados e os direitos previstos na Convenção.

Os partos em casa, acrescenta, não são aceites ou regulamentados em muitos Estados Membros e não há consenso, mormente na comunidade médica, sobre a segurança dos mesmos, estando em causa, o que se impõe ao Estado ponderar, o direito da mãe a ter um parto onde escolher, nomeadamente em casa, e o *direito* da criança a um nascimento seguro, o que legitima restrições àquele quando a escolha da mãe se apresente menos segura.

Para além disso, da mesma decisão, resulta como argumento do Estado, que, na Hungria, existia um consenso ao nível dos profissionais de saúde, que os nascimentos em casa eram menos seguros quando comparados com os nascimentos em meios hospitalares sendo que, não obstante, desde alteração legal em 1997 já não era proibido, em prol do direito da mãe à autodeterminação, escolher o local do parto ainda que a prática, como refere, não seja encorajada e não haja meios de suporte a essa escolha atendendo aos riscos inerentes.

Nessa esteira, os profissionais de saúde que adoptem opções de partos em casa, porque não seguros face ao consenso médico existente no país, ultrapassam os limites das suas licenças e violam regras da profissão, estão sujeitos a sanções<sup>31</sup> por esse motivo.

De qualquer forma, acrescenta o Estado que, nos anos recentes, se verifica que muitos partos que ocorreram em ambiente doméstico acabaram no hospital ou resultaram na morte ou em graves deficiências para a criança o que acabava por, segundo o argumento, dar razão à posição do Estado evidenciando a falta de segurança do procedimento fora das unidades de saúde.

Por sua vez, a Queixosa<sup>32</sup> alegou que, independente da regulamentação pendente sobre a questão, a verdade é que os partos em casa ainda não tinham regulamentação e que a regra prevista na secção 101 do Decreto Governamental n.º 218/1999 (XII.28) representava uma injustificada e real ameaça aos profissionais de saúde que quisessem assistir a partos em casa o que levava à efetiva proibição face à ameaça de censura.

---

<sup>31</sup> Apesar disso retira-se do texto da decisão no âmbito dos argumentos da Hungria, *in idem*, p. 5, que os anos de 2008 e 2009 registaram-se 150 planos de partos em casa por ano e só num caso se desenrolou um procedimento administrativo.

<sup>32</sup> Decisão consultada a 27 de out. de 16 no site <http://www.hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-102254>, p. 6.

A Queixosa argumentou ainda que a escolha não podia ser, por si só, afastada com o alegado direito da criança a um alegado nascimento seguro, que existiria em meio hospitalar em detrimento do parto em casa, uma vez que não havia provas que os partos no domicílio constituíam um maior risco para o nascimento e saúde das crianças.

Aliás, a Queixosa recorrendo à *supra* referida recomendação da OMS<sup>33</sup> referiu que partos no hospital ou em casa constituem alternativas idênticas e que a escolha informada da mãe deve ser respeitada sem exercícios de ingerência que são, por isso, ilegítimos.

O Tribunal analisou os argumentos e decidiu, quanto ao estatuto da vítima<sup>34</sup> que não está em causa, como alegado pelo Estado, uma *actio popularis* uma vez que a Queixosa, à data da apresentação da queixa já se encontrava grávida e decidida a ter um parto em casa, pelo que se pode considerar “vítima” para efeitos de apreciação da alegada violação do art. 8.º da CEDH no caso concreto.

Quanto ao requisito da existência de *interferência*<sup>35</sup> o Tribunal tem decidir se a legislação *sub judice* constitui uma interferência ao exercício dos direitos da Queixosa decorrentes da “*vida privada*” prevista no art. 8.º, no seu n.º 1.

O Tribunal, como decorre da decisão em apreço, conclui que “*Private life*” is a broad term encompassing, inter alia, aspects of an individual’s physical and social identity including the right to personal autonomy, personal development and to establish and develop relationships with other human beings and the outside world (see *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 62, ECHR 2002-III), and it incorporates the right to respect for both the decisions to become and not to become a parent (*Evans v. the United Kingdom [GC]*, no. 6339/05, § 71, ECHR 2007-IV)<sup>36</sup>.

Assim, o direito à escolha de se tornar mãe (ou pai) inclui as circunstâncias em que acontece o nascimento, concluindo que “*the Court is satisfied that the circumstances of giving birth incontestably form part of one’s private life for the purposes of this provision (...)*”<sup>37</sup>.

O Tribunal considerou que, ainda que a Queixosa não tivesse sido impedida de ter um parto em casa, a verdade é que a escolha se apresentava efetivamente coarctada já que a mesma razoavelmente importa que haja a presença de profissional de saúde o que, no caso, atendendo a que a legislação do Estado é dissuasora da escolha desses profissionais em assistir a esses partos, tal constitui uma *interferência* ao exercício do direito e do respeito pela vida privada.

<sup>33</sup> Vd. Ponto 2.

<sup>34</sup> Decisão consultada a 27 de out. de 16 no site <http://www.hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-102254>, pp. 6. e 7.

<sup>35</sup> *Idem*, p. 7.

<sup>36</sup> *Idem*.

<sup>37</sup> Decisão consultada a 27 de out. de 16 no site <http://www.hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-102254> p. 7 e ss.

Por outro lado, quanto à questão da *concordância com a lei*<sup>38</sup>, o Tribunal considera que *“where choices related to the exercise of a right to respect for private life occur in a legally regulated area, the State should provide adequate legal protection to the right in the regulatory scheme, notably by ensuring that the law is accessible and foreseeable, enabling individuals to regulate their conduct accordingly”*<sup>39</sup>.

Acrescenta ainda que, sendo de reconhecer que o Estado tenha uma larga margem de apreciação sobre a matéria, a regulamentação deve assegurar uma ponderação adequada entre os interesses em causa sendo que, no contexto do parto em casa a escolha pessoal da mãe implica que a mesma não veja a opção limitada por restrições legais e outras excepto quando essas restrições sejam necessárias para assegurar outros direitos.

Para o Tribunal, como resulta da decisão, o direito à escolha do local do nascimento inclui a *“legal certainty that the choice is lawful and not subject to sanctions, directly or indirectly”*<sup>40</sup>.

Acrescenta ainda que o Estado reconhece o direito dos pacientes à autodeterminação no contexto médico onde se inclui o direito a rejeitar certos tratamentos sendo contraditório que, por outro lado, aplique sanções aos profissionais de saúde<sup>41</sup> em matéria de partos em casa, limitando o seu livre arbítrio na opção de assistir estes partos que se encontram, para além disso ainda, por regulamentar na lei Húngara.

Ainda que o Tribunal admita que o Estado tem larga margem de discricionariedade para regulamentar a matéria, incluindo previsão de restrições, estas têm que estar de acordo com a lei. Como enfatiza, o que está em causa é que a regulamentação tem que ponderar os interesses em causa, sendo que *“with regard to home birth, this means that the mother is entitled to an environment that enables her choice, except where other rights render restriction necessary.”* A woman’s right to choose the circumstances of her birth includes home birth being a lawful choice *“not subject to sanctions, directly or indirectly.”* The landscape of relevant Hungarian law, the Court held, was contradictory in terms of a woman’s right to a home birth, creating *“legal uncertainty prone to arbitrariness”*<sup>42</sup>.

Desta forma, existe efetivamente, com o Decreto do Governo n.º 218/1999, bem como a ausência de regulamentação específica sobre os partos em casa, uma diminuta certeza jurídica e uma ameaça aos profissionais de saúde o que importa uma limitação da Queixosa na sua opção de ter um parto em casa o que levou

---

<sup>38</sup> *Idem*.

<sup>39</sup> *Idem*.

<sup>40</sup> *Idem*, p. 8.

<sup>41</sup> Sections 15 and 20 of the Health Care Act 1997 recognize patients’ right to self-determination in the context of medical treatment, including the right to reject certain interventions (see paragraph 8 above). At the same time, section 101(2) of Government Decree no. 218/1999 sanctions health professionals, in *idem*.

<sup>42</sup> McCartney, Caitlin, (2015), *Childbirth Rights’?: Legal Uncertainties under the European Convention after Ternovszky v. Hungary*, North Carolina Journal of International Law, in <https://www.law.unc.edu/journals/ncilj/issues/volume40/issue-2-winter-2015/childbirth-rights-legal-uncertainties-under-the-european-convention-after-ternovszky-v-hungary/>, consultado a 17 de fevereiro de 2017. P. 575.

o Tribunal a concluir que houve, assim, pela violação do art. 8.º da Convenção.

A Hungria, neste caso, omitiu, as suas obrigações negativas que resultam do aludido preceito, ou seja, a obrigação de não interferência, já que “*The legal system in place in Hungary failed in at least one respect: because it did not meet the requirement that domestic law regulating Article 8 rights should be qualitatively accessible and foreseeable, it was not in accordance with law. The Court maintained that any further laws regulating access to health care during home birth must avoid unforeseeable outcomes.*” *Additionally, any regulation must have a legitimate aim, and must be necessary and proportionate in a democratic society.*<sup>43</sup>

#### 4. O caso *Dubská and Krejzová v. The Czech Republic*

Depois do caso analisado no ponto precedente, o Tribunal de Estrasburgo aceitou os procedimentos<sup>44</sup> n.os 28859/11 e 28473/12 contra a República Checa por Šárka Dubská e Alexandra Krejzová, em 4 de Maio de 2011 e 7 de Maio de 2012, respectivamente<sup>45</sup>.

Šárka Dubská decidiu que o seu segundo filho, por não haver qualquer problema de saúde e ser uma gravidez de baixo risco, nasceria em casa sendo que, perante a dificuldade de encontrar uma *midwife* para a assistir ao parto, recorreu à sua companhia de seguros que a informou que a legislação checa não previa a possibilidade de os seguros de serviços públicos de saúde suportarem custos de partos em casa e, por isso, não existiam acordos com profissionais de saúde que providenciassem os cuidados de saúde necessários e, para além disso, os especialistas médicos não aprovavam partos em casa.

Foi ainda informada pela *Regional Office* que as *midwives* registadas só podiam assistir a partos desde que o equipamento médico previsto no Decreto n.º 221/2010 existisse.

A Queixosa apresentou uma ação no Tribunal Constitucional alegando violação pelo respeito da sua vida privada por ter sido negada a possibilidade de ter um parto em casa.

Por sua vez, a Queixosa Alexandra Krejzová, que teve os dois filhos com recurso a *midwives*, alega que antes de decidir ter parto em casa consultou diversos hospitais que recusaram os pedidos desta ter partos sem intervenção médica. Também recusaram, conforme alegou, o cumprimento do seu desejo em se manter ininterruptamente em contacto com o filho após o nascimento uma vez que o protocolo adoptado importava que, após o nascimento, a criança era retirada à mãe para procedimentos de pesagem, medidas e observação médica durante as duas horas seguintes ao parto.

<sup>43</sup> *Idem*, p. 586.

<sup>44</sup> Decisão consultada a 25 de out. de 16 no site [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-148632#{"itemid":\["001-148632"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-148632#{).

<sup>45</sup> O caso foi julgado a 11 de Dezembro de 2014.

Grávida pela terceira vez aquando da apresentação da queixa, a Queixosa, que tinha gravidez de baixo risco, não conseguiu encontrar uma *midwife* que a assistisse no parto atendendo a que não estava autorizado.

A Queixosa, como resulta da decisão em análise, acabou por ser informada que não havia *midwives* autorizadas a assistir a partos em casa e que os partos em casa não eram incluídos no seguro público de saúde

A Queixosa acabou por ter o terceiro filho num hospital que, apesar da reputação de respeitar os desejos da mãe isso não aconteceu já que, apesar de não ter complicações, nem a mãe nem filho, acabou por ter que ficar 72 horas no hospital, o recém-nascido foi separado da mãe após o parto e que, antes de sair do hospital e apesar do seu pedido, o remanescente do cordão umbilical foi cortado.

Ao contrário do caso analisado no ponto precedente, nesta situação, ainda que com voto de vencido, o Tribunal concluiu que não houve, neste processo, violação do art. 8.º da Convenção.

As Queixosas argumentaram que o direito da mãe sobre o local do nascimento do filho constituía elemento essencial da vida privada e familiar sendo que o Tribunal admite o recurso considerando o nascimento e as circunstâncias do nascimento se encontram garantidas pelo art. 8.º da Convenção<sup>46</sup> considerando que é um aspecto da vida privada da mãe.

Quanto ao mérito da causa o Tribunal fixou o objecto nas obrigações negativas do preceito considerando que o Estado não previa uma proibição de parto domiciliário mas estabelecia requisitos para o efeito.

Enfatizando o conteúdo dos conceitos de “*interferência*” e “*de acordo com a lei*” que resultam do art. 8.º da CEDH notando que não há proibição de um parto domiciliário no ordenamento jurídico Checo estabelecendo, isso sim, que os cuidados de saúde, para além da exigência de licença, fossem condicionados à existência de equipamento específico.

Considerando que, não obstante, a motivação do Estado, *in casu*, resulta de políticas de saúde e proteção da mãe e do recém-nascido, durante e após o parto sendo que, por isso, “(...) *it served the legitimate aim of the protection of health and of the rights of others within the meaning of Article 8 § 2 of the Convention (...)*”<sup>47</sup>.

O Tribunal tem que analisar se a interferência é *necessária*, sobretudo para o objectivo gizado, e se, dos interesses em confronto é *adequada*, ressaltando que o caso suscita um confronto de argumentos que envolvem matéria relativa a políticas de saúde mas mais ainda, em causa está a saúde de pessoas que dependem em exclusivo de decisões de terceiros pelo que a margem de decisão dos Estados deve ser alargada.

Ainda que na generalidade os interesses da mãe não sejam conflituantes com os do filho, a verdade é que, como ressalta o Tribunal, escolhas como local

---

<sup>46</sup> Entre outras decisões citadas o Tribunal refere o caso *Odièvre v. France* ([GC], n.º 42326/98, § 29, ECHR 2003-III) – vd. ponto 73 da decisão consultada a 25 de out. de 16 no site [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-148632#{"itemid":\["001-148632"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-148632#{)

<sup>47</sup> Vd. Ponto 86 da decisão, *in idem*.

do nascimento, circunstâncias, método do parto que podem aumentar risco para a saúde ou segurança e bem-estar do recém-nascido podem, portanto, afigurar-se conflitantes.

Dos interesses em confronto chamou a atenção o Tribunal que da política de saúde do Estado, e das circunstâncias concretas, resulta um maior enfoque na proteção, legítima, da saúde do recém-nascido que é um dos interesses a salvaguardar.

Ainda que os estudos não sugeriram um aumento do risco nos partos em casa em comparação com aqueles em meio hospitalar mas só se certos requisitos forem cumpridos, como em casos de gravidez de baixo risco, com *midwife* qualificada, com meios de transferência para hospital caso se mostre necessário e esta deslocação deve ser assegurada em período de tempo curto. Ora, por estes factores, e considerando, como faz o Tribunal, que na República Checa não estão assegurados meios especializados de emergência, se mostra adequado considerar que um parto domiciliário constitui maior risco para a saúde da mãe e, sobretudo, da criança.

Não foi ainda despreciando o facto de o Tribunal concluir que se evidencia uma preocupação pelo debate sobre o tema e constituição de grupos de trabalho para análise da questão, aliás, no âmbito de evolução legislativa, desde Janeiro de 2014 que é dada a possibilidade à mãe de escolher manter-se, ou não, no hospital, pelo período de 72 horas após o parto, ou ainda ter um parto no hospital com recurso a *midwife*, subtraindo-a, assim, dos procedimentos médicos e garantindo o curso natural do parto sem intervenções *standard* e desnecessárias eventualmente, podendo sair findo o período de 24 horas pós-parto, chamando à colação posição do Tribunal Constitucional de Julho de 2013 que considera que numa *“modern democratic State protected freedoms, including those that were accompanied by a certain degree of acceptable risk, and that the right of parents to a free choice of the place and mode of delivery was limited only by the interests of the safe delivery and health of the child; those interests could not, however, be interpreted as entailing an unambiguous preference for deliveries in hospital”*<sup>48</sup>.

O nascimento, as opções sobre o nascimento, escolha de local e meios, coloca-se assim no espectro dos direitos humanos.

Sendo certo que em causa estão as opções da mãe e o controlo sobre o seu próprio corpo e desejos, a verdade é que a saúde da criança que vai nascer, que depende em absoluto da decisão de terceiros, pode colocar uma situação de potencial conflito de interesses.

Sendo esta dualidade de interesses que cabe aos Estados ponderar, como aconteceu, concluindo o Tribunal que a ingerência se mostra legítima e adequada neste caso.

---

<sup>48</sup> Vd. ponto 99 da decisão consultada a 25 de out. de 16 no site [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-148632#{“itemid”:\[“001-148632”\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-148632#{“itemid”:[“001-148632”]})



## 5. O direito ao local do nascimento

Nos termos do art. 8.º da CEDH resultam de forma expressa obrigações de não ingerência por parte dos Estados na esfera individual, pessoal e familiar dos cidadãos, que não seja legítima e dentro dos limites da lei conforme a Convenção o prevê.

Ainda que não tão evidentes as obrigações de *facere* que parecem resultar do preceito cingem-se, quanto a esta matéria, na necessidade de assegurar às mulheres o direito a conhecer as opções que têm ao seu dispor e os respectivos limites, ou seja, razoavelmente saber se são lícitas ou não e se, direta ou indiretamente, estão sujeitas a sanções.

A ingerência, legítima, passará desde logo por critérios científicos, sociológicos, culturais e conjunturais, com margem alargada de discricionariedade dos Estados, mas que não pode ser arbitrária no sentido de, sem mais, aceitar *“unquestioningly (to accept) the dominant view that physician-attended hospital births characterized by interventions are the best and safest way for all women to give birth, notwithstanding their risk factors”*<sup>49</sup>.

A matéria em apreço pode colocar-se, como aconteceu nos Estados Unidos, no âmbito da discriminação em razão do género.

Em 2015, *“a federal district court in Rumble v. Fairview Health Services found that a transgender complainant sufficiently alleged sex discrimination under the disparate treatment theory of Section 1557 and denied the defendant’s motion to dismiss. The court found that the physician’s hostile treatment of the plaintiff, which involved asking him embarrassing and aggressive questions, as well as administering an “assaultive” physical examination, “plausibly demonstrate[d]... discriminatory intent” prohibited by Section 1557. Several particulars of this court’s interpretation of Section 1557 may illuminate its potential protections for women seeking the care of a midwife or seeking to give birth in a birth center. Procedurally noteworthy were the court’s willingness to find a private right of action under Section 1557, its finding that Section 1557 applies to any healthcare provider that receives any federal assistance, and its attempt to determine liability, causation, and a standard of proof through looking to agency regulations, which are currently nonexistent. Substantively, the court broadly interpreted sex discrimination as encompassing adverse actions in connection with sex stereotyping, in line with cases brought under Title VII and Title IX. If courts continue to interpret sex-based discrimination broadly, pregnant women may have a cause of action for adverse actions rooted in not only animus toward women, but also notions of how pregnant women and mothers should act. Moreover, under both Title VII and Title IX, sex-based harassment, whether verbal or involving un-consented to touching, that produces to a “hostile environment,” is encompassed within the definition of sex discrimination. Under these analyses, a woman who is pressured into or forcibly*

---

<sup>49</sup> Hermer, Laura D. (2003), *The case in favor or against midwifery should hinge on scientific and sociological outcomes, rather than on prejudice or on excessive deference to one stakeholder at the expense of another*, Midwifery: Strategies on the Road to Universal Legalization, Volume 13 | Issue 2, 2003, Health Matrix, The Journal of Law-Medicine, P. 368.

*subjected to a procedure that is not necessary to protect her life and health, as well as that of the fetus, but which simply lessens a small risk to the fetus may have a § 1557 claim against a physician and the medical facility, if it does not have policies in place regarding nondiscrimination toward pregnant women*<sup>50</sup>.

As Nações Unidas, na Convenção para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres<sup>51</sup>, no ponto da saúde, aponta a sua preocupação, entre outros assuntos<sup>52</sup>, para a falta de escolha das mulheres para ter um parto em casa ou em meio hospitalar, colocando-se diversos obstáculos nomeadamente o não reconhecimento das *midwives* como profissionais independentes para o efeito.

Foi recomendado pela Organização que a Hungria (Estado a que se dirigia no caso em concreto) assegurasse a possibilidade de escolha às mulheres poderem ter um parto em casa ou num hospital reconhecendo, para o efeito, *midwives* como profissionais independentes, elaborasse regulamentação legal e linhas de orientação para a segurança do parto em casa.

Do art. 8.º da CEDH resultam, primariamente e como referimos *supra*, obrigações negativas de não interferência nas esferas individuais dos cidadãos. A vida privada incluiu interesses de natureza pessoal, física e psicológica de onde se extrai a possibilidade da escolha do local do parto, incluindo fora de ambiente hospitalar e sem recurso a intervenções médicas.

Quanto a Portugal, ainda que sem regulamentação, a verdade é que a preocupação por harmonização das regras em cuidados de saúde obstétricos e neonatais tem sido evidente tendo a melhoria contínua nos aludidos cuidados de saúde sido, no programa para a saúde do XXI Governo Constitucional para os anos 2015-2019, uma prioridade<sup>53</sup>, com modelos baseados na melhoria da qualidade, segurança e disseminação de boas práticas.

<sup>50</sup> McCartney, Caitlin, (2016), *The Patient Protection and Affordable Care Act and Choice in Childbirth: How the ACA's Nondiscrimination Provisions May Change the Legal Landscape of Childbirth*, Journal of Gender, Social Policy & the Law, 2016, Volume 24 | Issue 3, article 1, pp. 366 e 367.

<sup>51</sup> Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Concluding Observations on the Combined Seventh and Eighth Periodic Reports of Hungary Adopted by the Committee at its Fifty-Fourth Sess. (Feb. 11-Mar. 1 2013), U.N. Doc. CEDAW/C/HUN/CO/7-8 (Mar. 1, 2013), <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/co/CEDAW.C.HUN.CO.7-8.pdf> consultado a 21 de fevereiro de 2017. P. 8 e 9.

<sup>52</sup> Nomeadamente “*campaigns, including recent poster campaign, supported by the State Party that stigmatize abortion and seek to negatively influence the public view on abortion and contraception; the limited access to emergency contraceptives; the subjection of women who want surgical abortion to mandatory bias counseling and three-day medically unnecessary waiting period; and at the increasing resort to conscientious objection by health professionals in the absence of adequate regulatory framework*”. Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Concluding Observations on the Combined Seventh and Eighth Periodic Reports of Hungary Adopted by the Committee at its Fifty-Fourth Sess. (Feb. 11-Mar. 1 2013), U.N. Doc. CEDAW/C/HUN/CO/7-8 (Mar. 1, 2013), <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/co/CEDAW.C.HUN.CO.7-8.pdf> consultado a 21 de fevereiro de 2017.

<sup>53</sup> Programa na site <https://www.sns.gov.pt/wp-content/uploads/2016/04/ProgXXIGov.pdf> consultado a 26 de fev. 2017.

As diversas portarias existentes<sup>54</sup> estabelecem atualmente os requisitos de organização, funcionamento, recursos e instalações para prestação de serviços médicos e de enfermagem em obstetrícia e neonatologia sendo, de acordo com o texto da Portaria 310/2016 de 12 de Dezembro<sup>55</sup> “objeto de revisão à luz do novo regime jurídico” com vista à promoção “da segurança e das boas práticas clínicas”. Em causa está, como resulta do texto, uma preocupação na preservação da segurança da mãe e do feto ou do recém-nascido<sup>56</sup>.

A preocupação em implementação e divulgação de boas práticas, ainda que não concretamente em relação à possibilidade de partos em casa, com resposta adequada a cada doente, de entre as suas características e necessidades, e combate à carência de informação mostra-se como um “objetivo de desenvolver políticas de saúde eficazes na defesa da boa prática clínica e da segurança na prestação dos cuidados”<sup>57</sup>.

## 6. Conclusões

Das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem analisadas resulta que os Estados não podem proibir a prática dos partos no domicílio estando esta opção incluída no art. 8.º da CEDH mas, a verdade, é que o Tribunal reconhece uma discricionariedade, que qualifica especificamente de ampla, conferindo aos Estados a possibilidade de regular as condições e requisitos para o efeito não reconhecendo, de facto, um direito a concretizar um parto em casa.

Como faz notar van Leeuwen, Fleur “(...) *this decision could not be equated with liberalizing home birth (...) ‘obviously a matter of balancing in view of available (currently disputed) medical knowledge, the health of the mother and the child, the structure of health care services’.* What we can decipher from the judgment is that states need to regulate home birth (which could also mean that states would be justified in prohibiting home births completely): A woman has a right to know where she can legally give birth and thus what her birthing options are”<sup>58</sup>.

De acordo com o sentido que resulta das decisões do TEDH os direitos do art. 8.º não são absolutos e autoriza-se os Estados “to regulate or restrict the right to

---

<sup>54</sup> Portaria n.º 615/2010, de 3 de agosto, alterada pela Portaria n.º 8/2014, de 14 de janeiro

<sup>55</sup> Publicada em Diário da República, 1.ª série.

<sup>56</sup> Aliás, o texto da portaria referindo-se concretamente à necessidade de diminuir as taxas de cesariana onde, em Portugal, se apresentam elevadas, demonstra preocupação na transmissão de informação sobre as diversas opções assentes em boas práticas e “*não se deve pretender focar esta estratégia em medidas essencialmente punitivas em termos das cesarianas, mas construir um plano de divulgação e monitorização das boas práticas clínicas*” o que, não se relacionando com regulamentação sobre a opção de partos em casa evidencia, o que é inegável, a preocupação sobre boas práticas, informadas e com segurança aos utentes.

<sup>57</sup> *Idem.*

<sup>58</sup> van Leeuwen, Fleur, *Milestone or stillbirth? An analysis of the first judgment of the European Court of Human Rights on home birth*, p. 205, consultado no site [http://sim.rebo.uu.nl/wp-content/uploads/2015/04/van-Leeuwen\\_Milestone-or-Stillbirth.pdf](http://sim.rebo.uu.nl/wp-content/uploads/2015/04/van-Leeuwen_Milestone-or-Stillbirth.pdf), a 17 de fevereiro de 2017.

*privacy include the safeguard of public morals or other rights. The level of deference that the ECtHR grants the State in comparison to the individual right is called the “margin of appreciation.” In determining this margin, the ECtHR balances several factors, including the individual interest at stake, the State interest in restricting that right, and whether Member States have a consensus on the level of the interest. In the matter of home birth, the ECtHR has granted a wide margin appreciation to the State, citing a lack of consensus among Member States as to the legality and safety of home birth and the State interest in restricting the right due to health and safety considerations”<sup>59</sup>.*

Este artigo estabelece um dever geral de abstenção contra ingerências não justificadas ou arbitrárias mas também “*ele exige do Estado (...) um papel activo inerente àquele efectivo respeito, até nas relações entre indivíduos; o Estado deve, nomeadamente, fornecer as informações que detenha e se relacionem com a vida privada ou familiar, como adoptar medidas que assegurem o respeito de vida privada e familiar na esfera de relações entre as pessoas*”<sup>60</sup>.

*Contudo as medidas positivas exigidas aos Estados estão, em geral, sujeitas à margem de apreciação do próprio Estado e não devem traduzir-se num fardo insuportável ou excessivo; é preciso ressaltar um justo equilíbrio entre o interesse geral e o interesse do indivíduo*<sup>61</sup>.

A escolha do local do parto incluído que está na esfera do art. 8.º da CEDH, constitui matéria que, sendo da esfera individual de cada um, e que, por isso, impõe uma não ingerência fora dos limites do próprio preceito, está indubitavelmente ligada a diversos critérios e, sobretudo, a uma ponderação de eventual conflito de interesses que, para além da mãe, tem como outro *sujeito* desta *relação* o próprio filho, para o qual se espera uma escolha em que o local do nascimento não imponha riscos acrescidos à sua sobrevivência e bem-estar, fazendo com que o nascimento seja a integração do ser humano no mundo, de forma autónoma em que a sindicância dos seus interesses, entregues à mãe, podem conflituantes com o exercício dos seus direitos, “*se o homem está-no-mundo, é porque toma parte de um movimento que o traz ao mundo e o abandona ao mundo. O homem é o produto de um hipernascimento que faz do lactante (Saugling) um habitante do mundo (Weltling)*”<sup>62</sup> e este ser constitui, também, enfoque dos interesses que o Estado visa acautelar num binómio que, ainda que de forma excepcional, se possa afigurar conflituante, entre a mãe e o seu filho e que constitui a pedra de toque no que tange à possibilidade da escolha do local do parto e as restrições que, quanto a esta o Estado pode, legitimamente, impor.

<sup>59</sup> McCartney, Caitlin, (2015), *Childbirth Rights“?: Legal Uncertainties under the European Convention after Ternovszky v. Hungary*, North Carolina Journal of International Law, in <https://www.law.unc.edu/journals/ncilj/issues/volume40/issue-2-winter-2015/childbirth-rights-legal-uncertainties-under-the-european-convention-after-ternovszky-v-hungary/>, P. 567 e 568, consultado a 17 de fevereiro de 2017.

<sup>60</sup> Barreto, C. I. (2010). *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada* (4.ª Edição Revista e Actualizada ed.). 2010, Coimbra: Coimbra Editora, p. 231.

<sup>61</sup> *Idem*, p. 232.

<sup>62</sup> Sloterdijk, Peter, (1999), “Regras para o parque humano, uma resposta à carta de Heidegger sobre o humanismo”, São Paulo, Estação Liberdade, pp. 34 e 35.

## Bibliografia

Barreto, C. I. (2010), *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada* (4.<sup>a</sup> Edição Revista e Atualizada ed.), Coimbra: Coimbra Editora.

Hermer, Laura D., (2003), *The case in favor or against midwifery should hinge on scientific and sociological outcomes, rather than on prejudice or on excessive deference to one stakeholder at the expense of another*, Midwifery: Strategies on the Road to Universal Legalization, Volume 13 | Issue 2, 2003, Health Matrix, The Journal of Law-Medicine.

Hostmaelingen, N., (2016), *Direitos Humanos num Relance*. (E. Silabo, Ed.) Lisboa.

Lawn, J. E., Cousens, S., & Zupan, J., (2005), *Sobrevivência Neonatal 1. 4 milhões de mortes neonatais. Quando? Onde? Porquê?*, The Lancet Neonatal Survival Steering Team: [http://www.who.int/maternal\\_child\\_adolescent/documents/pdfs/lancet\\_neonatal\\_survival\\_series\\_pr.pdf](http://www.who.int/maternal_child_adolescent/documents/pdfs/lancet_neonatal_survival_series_pr.pdf) McCartney, Caitlin, (2016), *The Patient Protection and Affordable Care Act and Choice in Childbirth: How the ACA's Nondiscrimination Provisions May Change the Legal Landscape of Childbirth*, Journal of Gender, Social Policy & the Law, Volume 24 | Issue 3, article 1, <https://partusmelior.wordpress.com/2014/02/01/skol-v-pierce-the-verdict/>.

McCartney, Caitlin, (2015), *Childbirth Rights"?: Legal Uncertainties under the European Convention after Ternovszky v. Hungary*, North Carolina Journal of International Law, <https://www.law.unc.edu/journals/ncilj/issues/volume40/issue-2-winter-2015/childbirth-rights-legal-uncertainties-under-the-european-convention-after-ternovszky-v-hungary/>.

Navas, Carmen Caballero, (2014), *She will give birth immediately. Pregnancy and childbirth in medieval Hebrew medical texts produced in the Mediterranean West*. Department of Semitic Studies, University of Granada, *Dynamis* 2014; 34 (2); 377 – 401.

Sloterdijk, Peter, (1999), "Regras para o parque humano, uma resposta à carta de Heidegger sobre o humanismo", São Paulo, Estação Liberdade

van Leeuwen, Fleur, (2015), *Milestone or stillbirth? An analysis of the first judgment of the European Court of Human Rights on home birth*, [http://sim.rebo.uu.nl/wp-content/uploads/2015/04/van-Leeuwen\\_Milestone-or-Stillbirth.pdf](http://sim.rebo.uu.nl/wp-content/uploads/2015/04/van-Leeuwen_Milestone-or-Stillbirth.pdf).

## Fontes

Portaria n.º 615/2010 de 3 de agosto, publicada no Diário da República, 1.<sup>a</sup> série  
Portaria n.º 8/2014 de 14 de janeiro, publicada no Diário da República, 1.<sup>a</sup> série  
Portaria n.º 310/2016 de 12 de dezembro, publicada no Diário da República, 1.<sup>a</sup> série

Programa do XXI Governo Constitucional publicado no site <https://www.sns.gov.pt/wp-content/uploads/2016/04/ProgXXIGov.pdf> consultado a 26 de fev. 2017.

Programa Nacional para a Vigilância da Gravidez de Baixo Risco, [www.dgs.pt](http://www.dgs.pt) consultado a 21 de out. de 16.

Recomendação n.º 1/2012 de 22 de Março de 2012 pelo Colégio da especialidade de Enfermagem de Saúde Materna e Obstetrícia 2012/ 2015, [www.ordemenfermeiros.pt](http://www.ordemenfermeiros.pt) consultada a 21 de out. de 16.

Recomendação N.º 31/2013, sobre o Parto no domicílio, Hipótese de realização de parto em casa, pela Mesa do Colégio da Especialidade em Enfermagem de Saúde Materna e Obstétrica, [www.ordemenfermeiros.pt](http://www.ordemenfermeiros.pt), consultada a 21 de out. de 16.

*Safe Motherhood, Care in normal birth: a practical guide*. Department of Reproductive Health & Research, World Health Organization, Geneva, 1996, [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/63167/1/WHO\\_FRH\\_MSM\\_96.24.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/63167/1/WHO_FRH_MSM_96.24.pdf), consultada a 21 de out. de 16.

*Intrapartum care for healthy women and babies Clinical guideline [CG190]*, December 2014, <https://www.nice.org.uk/guidance/cg190/chapter/1-Recommendations#place-of-birth>, consultada a 21 de out. de 16.

*The Birthplace in England Research Programme*, <https://www.npeu.ox.ac.uk/downloads/files/birthplace/Birthplace-Q-A.pdf>, consultada a 21 de out. de 16.

Decisão de 14/03/2011 do TEDH no âmbito do processo 67545/09, interposto a 15 de Dezembro de 2009, <http://www.hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-102254>, consultada a 27 de out. de 16.

Decisão do TEDH no âmbito dos processos n.os 28859/11 e 28473/12 site [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-148632#{"itemid":\["001-148632"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-148632#{), consultada a 25 de out. de 16.

*Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Concluding Observations on the Combined Seventh and Eighth Periodic Reports of Hungary Adopted by the Committee at its Fifty-Fourth Sess.* (Feb. 11-Mar. 1 2013), U.N. Doc. CEDAW/C/HUN/CO/7-8 (Mar. 1, 2013), <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/co/CEDAW.C.HUN.CO.7-8.pdf>, consultado a 21 de fevereiro de 2017.