

Lex Medicinae

Revista Portuguesa de Direito da Saúde

Ano 21 - n.º 41 - 2024
Publicação Semestral
Edição Gratuita

Centro de
Direito **Biomédico**

Lex Medicinae

Revista Portuguesa de Direito da Saúde



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA



Área de investigação “Vulnerabilidade e Direito” / Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, integrada no Projecto “Desafios sociais, incerteza e direito” (UIDB/04643/2020)

Research area “Vulnerability and Law” / Legal Institute of the Faculty of Law of the University of Coimbra, integrated in the Project “Social challenges, uncertainty and law” (UIDB/04643/2020)



FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia
MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CIÊNCIA

Ficha Técnica

Conselho Redatorial

João Carlos Loureiro (Diretor)

(Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra e Centro de Direito Biomédico da FDUC)

André Dias Pereira

(Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra e Centro de Direito Biomédico da FDUC)

Carla Barbosa

(Centro de Direito Biomédico da FDUC)

Propriedade da Revista (Morada da Redação)

Centro de Direito Biomédico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

3004-528 Coimbra

Telef. / Fax: 239 821 043

cdb@fd.uc.pt

www.centrodedireitobiomedico.org

Editor

Instituto Jurídico | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra | 3004-528 Coimbra

Lex Medicinae

Revista Portuguesa de Direito da Saúde

Ano 21 - n.º 41 - janeiro/junho 2024

Publicação Semestral

Execução gráfica

Ana Paula Silva

NIPC 504 190 490

ISSN 1646-0359

N.º de Registo ERC 127770

O Centro de Direito Biomédico, fundado em 1988, é uma associação privada sem fins lucrativos, com sede na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que se dedica à promoção do direito da saúde entendido num sentido amplo, que abrange designadamente, o direito da medicina e o direito da farmácia e do medicamento. Para satisfazer este propósito, desenvolve acções de formação pós-graduada e profissional; promove reuniões científicas; estimula a investigação e a publicação de textos; organiza uma biblioteca especializada; e colabora com outras instituições portuguesas e estrangeiras.

AUTONOMIA DA PESSOA E INTERVENÇÕES NA GENITÁLIA O CASO DA EPISIOTOMIA

António Brito Neves (*) · Vânia Simões (**)

RESUMO: Apesar de controversa no seio da comunidade médica, a episiotomia ainda é realizada, frequentemente, nos hospitais portugueses sem indicação médica e sem o consentimento informado das parturientes. A normalidade com que o procedimento é realizado tende a desresponsabilizar os profissionais de saúde que a praticam, os quais alegam o carácter rotineiro da intervenção para a justificar. Contudo, as indicações médicas subjacentes e as elevadas taxas de prática de episiotomia têm sido cada vez mais questionadas, levando a um decréscimo lento do seu recurso, devido à consciência que os profissionais de saúde adquiriram quanto aos fundamentos que devem motivar a sua realização. Além da imprevisibilidade do procedimento e da pouca clareza dos contornos em que deve ou não ser realizado, o enquadramento jurídico, em especial jurídico-penal, também não é linear.

PALAVRAS-CHAVE: episiotomia; autonomia; intervenções cirúrgicas não consentidas; violência obstétrica.

ABSTRACT: Despite being controversial within the medical community, episiotomy is still frequently performed in Portuguese hospitals without medical indication and without the informed consent of women in labor. The normality with which the procedure is carried out tends to take away the responsibility of the health professionals who perform it, who claim the routine nature of the intervention to justify it. However, medical indications and the high rates of episiotomy have been increasingly questioned, with the use of this practice slowly decreasing due to the awareness that health professionals

have acquired regarding the foundations that should motivate its performance. In addition to the unpredictability of the procedure and the lack of clarity regarding the contours in which it should or should not be carried out, the legal framework, especially criminal law, is also not linear.

KEYWORDS: episiotomy; autonomy; non-consensual care; obstetric violence.

Introdução

Introduzida na Obstetrícia há cerca de duzentos e cinquenta anos por Ould, a episiotomia surgiu com a justificação de que a sua prática teria cariz preventivo, evitando lacerações no períneo das parturientes.⁽¹⁾ A sua divulgação na Obstetrícia não foi imediata. Somente no século XX foi a sua prática difundida em larga escala, constando dos manuais académicos como uma prática recomendada por De Lee e Pomeroy, permitindo aos médicos reduzir o tempo de expulsão do nascituro e, consequentemente, atender mais mulheres no hospital e mesmo em simultâneo.⁽²⁾

A episiotomia é uma incisão realizada no períneo da parturiente para alargar o canal de parto e

(*) Professor Auxiliar Convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador integrado do CIDPCC.

(**) Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Investigadora CEDIS-NOVA e Nascer.pt - Laboratório de estudos sociais sobre o nascimento.

¹ Bárbara Bettencourt Borges *et al.*, “Episiotomia – Uso generalizado *versus* seletivo”, *Acta Médica Portuguesa*, 16, 2003 (447-454).

² Melânia Amorim e Leila Katz, “O papel da episiotomia na obstetrícia na moderna”, *Femina*, 36 (1), 2008 (47-54), p. 48; Bárbara Bettencourt Borges *et al.*, *ibid.*

facilitar assim a saída do nascituro, sendo considerada uma lesão de grau 2,⁽³⁾ afectando músculos, vasos sanguíneos e tendões de modo irreversível.⁽⁴⁾ Apesar de a principal justificação médica para o recurso à episiotomia ser o da prevenção de lacerações no períneo da mulher, o próprio procedimento consubstancia uma lesão do períneo da mulher, sendo realizada aquando da coroação do nascituro no canal de parto.⁽⁵⁾

Segundo a Norma de Orientação da Sociedade Portuguesa de Obstetrícia e Medicina Materno-Fetal (SPOMMF) (2022), a episiotomia deve ser realizada por indicação e não por rotina (evidência moderada +++–; recomendação forte). Indicações para a realização de episiotomia incluem o encurtamento do segundo estágio do trabalho de parto, a suspeita de hipóxia fetal (evidência baixa qualidade ++–; recomendação fraca), a prevenção de lesão obstétrica do esfíncter anal nos partos vaginais distócicos ou lesão do esfíncter anal em partos anteriores (evidência qualidade moderada +++–; recomendação forte).⁽⁶⁾

A OMS defendia outrora que a taxa de praticabilidade da episiotomia deveria rondar os 10% a 15% dos partos,⁽⁷⁾ taxa que deixou de existir em 2018, tratando-se agora de uma prática não recomendada pela OMS. Em Portugal, esta taxa ronda os 60.9%,⁽⁸⁾

o que nos indicia o seu carácter rotineiro nos hospitais portugueses. Contudo, a tendência desta prática é decrescente, sendo que em 2012 se apontava para uma taxa de prática de cerca de 75%.⁽⁹⁾

A episiotomia pode acarretar danos sexuais para a mulher, como dor nas relações sexuais, incontinência urinária e fecal, perdas de sangue, aumento da dor no pós-parto, dano perineal efectivo, possibilidade de desenvolvimento de infecções associadas à episiotomia, hematomas, roturas de períneo de grau III e IV, celulite, deiscência, fístula rectovaginal, lesão do nervo pudendo e fascíte necrosante.⁽¹⁰⁾

Parte dos supostos benefícios que levam os profissionais de saúde a recorrer a esta prática não estão cientificamente comprovados, havendo estudos que vão no sentido de indicar que este procedimento tem precisamente efeitos contrários aos que a comunidade médica alega como benéficos, como a protecção do assoalho pélvico materno, a diminuição do volume de sangue perdido com o procedimento e a prevenção do risco de lesões perineais em partos posteriores.⁽¹¹⁾ Algumas práticas rotineiras implementadas no seio hospitalar contribuem para fomentar a episiotomia. Um exemplo é o da adopção da posição horizontal como regra nos partos hospitalares, facto que dificulta a expulsão do nascituro, porquanto as posições verticais são as que favorecem a expulsão do nascituro, dada a ajuda gravitacional inerente.

³ As lacerações perineais podem ser classificadas em vários graus, indo do grau 1 até ao grau 4, sendo a laceração de grau 1 a mais superficial e menos gravosa, e a de grau 4 a mais severa, com complicações significativas para a saúde da mulher.

⁴ Bárbara Bettencourt Borges *et al.*, *ibid.*, pp. 448-9.

⁵ *Ibid.*

⁶ Susana Santo, “Episiotomia - Norma de Orientação SPOMMF”, *Acta Obstet. Ginecol. Port.*, 16 (1), 2022 (70-74), p. 71.

⁷ Anteriormente às recomendações emitidas em Fevereiro de 2018.

⁸ Associação Portuguesa pelos Direitos das Mulheres na Gravidez e Parto, Inquérito de experiências de parto em Portugal 2015-2019, 2ª ed., 2020, p. 23. Citamos nesta matéria o inquérito da Associação

Portuguesa pelos Direitos da Mulher na Gravidez e Parto, uma vez que os últimos dados do Europeristat remontam a 2010. Desde 2019 que o Consórcio Português de Dados Obstétricos tem procedido à coleta e tratamento de dados obstétricos, porém esses dados apenas se referem a 13 hospitais nacionais.

⁹ Observatório Português dos sistemas de saúde, Relatório Primavera, 2018.

¹⁰ Bárbara Bettencourt Borges *et al.*, Episiotomia, cit., p. 452

¹¹ *Vide* revisão de literatura de Bárbara Bettencourt Borges *et al.*, *ibid.*

Episiotomia, direito à autonomia e consentimento informado

Por ser ainda praticada de modo rotineiro, a episiotomia tende a ser realizada sem o consentimento livre, informado e esclarecido da mulher.

Um estudo realizado por Djanogly e colegas sobre este procedimento conclui que “[c]onsent to episiotomy is not consistently informed and voluntary” e que “[i]nformation must be provided to women in a more timely fashion in order to fulfil legal requirements, and to facilitate a sense of genuine choice”.⁽¹²⁾

A comunidade médica entende que a episiotomia é um procedimento de rotina e que por isso não se afigura necessário o consentimento da mulher para o efeito.⁽¹³⁾ Porém, não é porque a episiotomia tende a ser praticada de modo rotineiro pelos profissionais de saúde que se torna um procedimento de rotina. Neste sentido, em 2021, foi aprovada a Resolução nº 181/2021, de 28 de Junho, que recomenda ao Governo a eliminação de práticas de violência obstétrica, como a Manobra de Kristeller e a episiotomia de rotina, bem como a realização de um estudo nacional anónimo sobre práticas de violência obstétrica, incluindo sobre o ponto do marido.⁽¹⁴⁾

A necessidade de obtenção do consentimento informado da parturiente para a prática da episiotomia tem tido defensores na doutrina, como Mi-

guel Assis Raimundo.⁽¹⁵⁾

A episiotomia realizada sem o consentimento livre, informado e esclarecido da visada representa uma violação do direito à autonomia da parturiente previsto no artigo 15º-A, nº 1, al. g), da Lei nº 15/2014, de 21 de Março, alterada pela Lei nº 110/2019, de 9 de Setembro.

A autonomia da mulher na gravidez, parto e puerpério é plena. As mulheres são dotadas de autonomia no que respeita aos seus corpos e saúde reprodutiva, sendo sujeitos de direitos e deveres no âmbito da assistência que lhes é prestada. Não existe no Ordenamento jurídico português nenhuma norma que restrinja especificamente a autonomia da mulher na gravidez, parto ou puerpério, apesar da reconhecida vulnerabilidade da mulher nestas etapas da sua vida. Todavia, o exercício da autonomia por parte das mulheres implica a assunção da responsabilidade pelas decisões que tomam.

A Lei nº 110/2019, de 9 de Setembro, no artigo 15º-E, nº 5, refere, aliás, que em todo o processo do parto é assegurado o cumprimento do consentimento informado, esclarecido e livre da mulher grávida.

O parto, pela sua natureza imprevisível, suscita, no entanto, dificuldades quanto à concretização da prestação do dever de informação e obtenção do consentimento informado pelos profissionais de saúde junto das mulheres, havendo situações em que a sua dispensa se justifica, como os casos de urgência. Contudo, não é porque o parto é uma emergência obstétrica em si que os profissionais de saúde estão dispensados de obter o consentimento informado da mulher para a assistir de modo geral.

¹² T. Djanogly *et al.*, “Choice in episiotomy – fact or fantasy: a qualitative study of women’s experiences of the consent process”, *BMC Pregnancy and Childbirth*, 22 (39), 2022, p.1.

¹³ Francieli Carniel *et al.*, “Episiotomia de rotina: necessidade versus violência obstétrica”, *Journal of nursing and health*, 9 (2), 2019, e199204, p. 6.

¹⁴ O “ponto do marido” é um procedimento associado à episiotomia ou à sutura da laceração do períneo da mulher, por ser realizado aquando da episiorrafia (sutura) do períneo, cujo objetivo é deixar a vagina da mulher mais estreita do que se apresentava antes do parto com o pretexto de que, em resultado do parto, a mulher poderá apresentar algum tipo de disfunção sexual e obstar ao prazer sexual masculino, pretendendo-se restituir à mulher uma pretensa “condição virginal”.

¹⁵ Miguel Assis Raimundo, “Consentimento Informado, causalidade e ónus da prova em responsabilidade hospitalar”, in Carla Amado Gomes *et al.* (coord.), *Responsabilidade na Prestação de Cuidados de Saúde*, Lisboa: ICJP, 2013 (73-95), p. 76.

A prática de episiotomia sem indicação médica para o efeito e/ou sem consentimento da parturiente consubstancia inclusivamente uma forma de violência obstétrica.⁽¹⁶⁾

Aliás, no Brasil, no Estado de Santa Catarina, a Lei nº 18.322, de 5 de janeiro de 2022, no artigo 35º-XIII, menciona no elenco de actuações que constituem violência obstétrica “proceder a episiotomia quando esta não é realmente imprescindível”.⁽¹⁷⁾

Episiotomia: a afectação de um bem jurídico próprio

A episiotomia envolve a afectação do direito à sexualidade da mulher, ainda que de modo temporário, na melhor das hipóteses havendo recuperação, podendo por isso representar um dano indemnizável.

Existe um bem jurídico próprio com uma dimensão holística que é lesado com a prática da episiotomia, que não se confunde com a integridade física: o direito à sexualidade. A sexualidade é um direito de personalidade (como se afirma no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de setem-

bro de 2009), pelo que a sua afectação consubstancia um dano susceptível de indemnização.

Por envolver lesões de natureza sexual, e, consequentemente, a afectação do direito à sexualidade da mulher, que é um direito de personalidade da mesma, não sendo uma mera lesão da integridade física da mulher, a episiotomia deverá ser sempre realizada com o consentimento da mulher para o efeito, independentemente de existir ou não indicação clínica para a sua realização, a nosso ver. Aliás, ao abrigo do direito à autonomia, a mulher poderá consentir na realização de procedimentos estéticos na sua genitália (*piercings*, tatuagens) ou de melhoria funcional ou estética do seu aparelho genital, como é o caso do procedimento de perineoplastia ou da vulvoplastia.

Porém, os tribunais nacionais e estrangeiros tendem a não reconhecer que a episiotomia representa “um dano” para a mulher nos poucos casos em que se discute a (i)licitude do procedimento.

Em 2020, Espanha foi visada pelo Comité CEDAW, com uma declaração de violação de direitos humanos decorrente de violência obstétrica intraparto. Em causa estava uma parturiente com *stress* pós-traumático, a quem foram realizados diversos toques vaginais dolorosos, tendo-se também utilizado indiscriminadamente ocitocina sem o seu consentimento, e ainda realizado uma episiotomia, sem consentimento da visada. O Superior Tribunal de Justiça da Andaluzia referiu na sua decisão que “*se ofrecía como inverosímil la prestación del consentimiento en tales condiciones y en pleno parto, y por tanto, no consideró que se hubiera vulnerado la ley de autonomía del paciente*”. O Tribunal Constitucional Espanhol, por sua vez, concluiu que o caso não tinha “*transcendencia constitucional*”.⁽¹⁸⁾

¹⁶ Para maiores desenvolvimentos sobre o tema v. Vânia Simões, “A violência obstétrica: a violência institucionalizada contra o género”, *Anatomia do Crime*, 6, 2017 (73-94) e ainda da mesma Autora, “Violência Obstétrica, Direitos das Mulheres e tutela jurídica”, tese de Doutoramento para obtenção do grau de Doutora em Direito apresentada junto da Nova School of Law, Lisboa, 2024.

¹⁷ O Estado Brasileiro de Santa Catarina seria o primeiro a legislar sobre violência obstétrica, tendo o seu diploma sido replicado pelos restantes Estados brasileiros com diplomas sobre a matéria. Até à data são eles: Acre (Lei nº 2.324, de 7 de agosto de 2019), Amazonas (Lei nº 4.848, de 5 de junho de 2019), Bahia (Lei nº 2.228, de 4 de junho de 2018), Ceará (Lei nº 16.837 de 17 de janeiro de 2019), Distrito Federal (Lei Distrital nº 6.144, de 07 de junho de 2018), Goiás (Lei nº 19.790, de 24 de julho de 2017), Mato Grosso do Sul (Lei nº 5.217, de 26 de junho de 2018), Minas Gerais (Lei nº 23.175 de 21 de dezembro de 2018), Pará (Lei nº 5.061, de 29 de dezembro de 2021), Paraíba (Lei nº 11.329, de 16 de maio de 2019), Paraná (Lei nº 19.701 de 2018), Pernambuco (Lei nº 16.499 de 6 de dezembro de 2018), Rio de Janeiro (Lei nº 6.898, de 18 de maio de 2021), Rio Grande do Norte (Lei nº 4.173, de 9 de novembro de 2017), Tocantins (Lei nº 3.674, de 26 de maio de 2020).

¹⁸ Comité para a Eliminação de Discriminação contra Mulheres (2020). M. D. C. P. v. *Espanha*, Comunicação n.º 154/2020, de 9 de

Nos Estados Unidos da América, no caso *Miller v. Chalom*⁽¹⁹⁾, o tribunal de apelação de Nova Iorque não reconheceu uma episiotomia como uma lesão, mesmo que o corte tivesse sido feito de forma violenta o suficiente para cortar parte do dedo indicador esquerdo do nascituro. O facto de procedimentos como episiotomias e cesarianas serem rotineiramente realizados durante o trabalho de parto – independente da necessidade médica ou respaldo na literatura científica – dificulta o reconhecimento por parte dos tribunais destes procedimentos como “lesões”, possibilitando que sejam mesmo realizados de modo não consentido ou com coacção de parturientes.⁽²⁰⁾

No Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 9 de maio de 2012 relativo ao processo n.º 93/12, refere-se mesmo que, sendo “a episiotomia uma intervenção que ocorre frequentemente durante o trabalho de parto, e (...) sendo a sua realização incerta, decorrendo do juízo de necessidade que o profissional faça, não é exigível que a sua realização dependa do consentimento da parturiente”.

Enquadramento jurídico-penal da episiotomia

A pluralidade de bens jurídicos afectados pela prática, por um lado, e a diversidade de consequências que ela pode acarretar, por outro, requerem a clarificação do regime penal aplicável consoante a configuração da hipótese concreta.

Constituindo a episiotomia uma intervenção cirúrgica não bagatelar no corpo da mulher, a indicação médica da sua realização não dispensa a

concordância da visada. Deste modo, mesmo admitindo que tal indicação existe no caso particular, e supondo que nenhuma lesão se produz para lá da implicada pela incisão propriamente dita (realizada de acordo com o artigo 150.º, n.º 1, do Código Penal - CP), a falta de acordo esclarecido torna o acto uma infracção contra a liberdade, tipificada no artigo 156.º, n.º 1 do mesmo Código.

No caso de a concordância livre e esclarecida ser dada, e admitindo que a intervenção, realizada por médico ou pessoa legalmente autorizada com um dos intentos mencionados no artigo 150.º, n.º 1, é medicamente indicada, mas realizada com violação das *leges artis*, o facto é atípico se não há consequências para os bens da mulher decorrentes dessa violação. Se, diferentemente, se gera por meio dela um perigo para a vida ou de grave ofensa para o corpo ou para a saúde, o comportamento é punido nos termos do n.º 2 da mesma disposição.

Se em resultado daquela violação se produzem consequências danosas para os bens da parturiente – nomeadamente, para a sua integridade física –, o enquadramento varia consoante os dados da situação. Para o apreender, é mister levar em conta as dimensões de ofensividade envolvidas na intervenção propriamente dita, mormente quando ela não seja apresentada como medicamente indicada.

Não se sustentando a episiotomia em indicação médica – seja por se realizar fora dos casos em que esta reúne um mínimo de consenso, seja por se concluir que não se verifica tal mínimo em caso nenhum –, a pluralidade de dimensões envolvida na lesividade do acto impõe a convocação de vários tipos de ilícito potencialmente aplicáveis.

O dano produzido na integridade física torna de imediato pertinente o critério de punição da ofensa à integridade física simples do artigo 143.º do Código Penal. Mas, concretizando-se as consequências

março de 2023, Documento da Organização das Nações Unidas n.º CEDAW/C/84/D/154/2020.

¹⁹ N.Y.S.2d 154, 156 (N.Y. App. Div. 2000) *apud* Elisabeth Kukura, “Obstetric violence”, *Georgetown Law Journal*, 106, 2018 (721-801).

²⁰ Elisabeth Kukura, *ibid.*, p.789.

que podem advir da intervenção, designadamente para a fruição sexual, prevalece, em abstracto, o artigo 144º, al. b). Antes, contudo, de dar por aplicável em concreto esta disposição, devemos atentar no artigo 144º-A. Não ignoramos que este critério tem por referente problemático primacial a prática ritual da excisão em contextos culturais particulares. Sem embargo, encontrando na casuística que nos ocupa pontos dilemáticos bastantes para sustentar a adequação da intencionalidade material do critério normativo do artigo 144º-A, não descortinamos obstáculo de princípio à sua aplicação.

Cabe notar, desde logo, que o ponto problemático central está presente: o agente produz uma lesão no aparelho genital feminino. Admitir a existência de indicação médica na situação concreta, bem como o respeito pelos restantes requisitos do artigo 150º, n.º 1, não leva a negar a lesividade do acto, mas somente a sua ofensividade típica (afora a possível violação da liberdade que apontamos). Ora, faltando essa indicação, ou sendo violadas as *leges artis* e gerando-se em resultado desta violação danos acrescidos para a integridade corporal, não pode haver dúvida de que a afectação do corpo da mulher, ao menos quanto a este ponto, adquire os contornos problemáticos pressupostos na tipificação do artigo 144º-A, tal como acontece relativamente ao artigo 144º, al. b).

Juízo menos apodíctico merece o exame dos restantes elementos do tipo do artigo 144º-A.

Em primeiro lugar, a tipificação autónoma da mutilação genital feminina pode dizer-se pensada

para um contexto problemático particular,⁽²¹⁾⁻⁽²²⁾ no qual uma intervenção ritualizada no corpo da vítima ocorre com apoio na negação de liberdade. A habitualidade da prática, por um lado, e a imposição de vontade por acção de vários membros da comunidade (familiares, amigos...), por outro, concorrem para se gerar um quadro em que à visada (frequentemente, muito jovem) não se reconhece autonomia para decidir sobre o próprio corpo.⁽²³⁾ Esta conclusão ganha força quando se atenta nas implicações que pode ter a recusa de submissão à prática: a visada corre o risco de se ver ostracizada, ou de, em casos mais extremos, ser forçada (por vezes, por meio de rapto e viagem para outro país) a sujeitar-se à intervenção.⁽²⁴⁾

²¹ Sobre isto, v., entre outros, Mário Ferreira Monte, “Mutilação genital, perseguição (stalking) e casamento forçado: novos tempos, novos crimes... (Comentários à margem da Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto)”, *Julgar*, 28, 2016 (75-88), p. 82; António Brito Neves, “Mutilação genital feminina e masculina: confronto e perspectivas”, in Catarina Abegão Alves *et al.* (com. org.), *Prof. Doutor Augusto Silva Dias* in Memoriam, vol. II, Lisboa: AAFDL, 2022 (19-34), pp. 20-21.

²² Note-se que reconhecer a especificidade do contexto da prática não implica concordar com a tipificação autónoma operada no artigo 144º-A. Ela tem sido alvo, aliás, de críticas e dúvidas: v., entre outros, André Lamas Leite, “As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais — Nótulas esparsas”, *Julgar*, 28, 2016 (61-74), pp. 71 e ss.; Brito Neves, *ibid.* Em momento anterior, considerando já que “a tipificação penal autónoma da MGF não é necessária, nem tão pouco defensável à luz da teoria da lei penal”, v. Grupo de Juristas Amnistia Internacional Portugal, “Mutilação genital feminina: a questão da tipificação penal”, 2008. Cft. Helena Martins Leitão, “A mutilação genital feminina à luz do Direito Penal português: da necessidade de alteração do seu regime legal”, *RMP*, 34 (136), 2013 (99-121), p. 121; Carlota Pizarro de Almeida, “Mutilação genital feminina”, in *Convenção de Istambul. Notas sobre os projetos legislativos*, 2015, p. 1.

²³ Destarte, mesmo que a vítima, habitualmente desprovida de capacidade legalmente reconhecida para consentir, tenha mais de 16 anos, dificilmente se verificarão as condições de liberdade essenciais para o consentimento ser eficaz à luz do artigo 38º do CP.

²⁴ V. Augusto Silva Dias, “Faz sentido punir o ritual do fanado? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana”, *RPCC*, 16 (2), 2006 (187-238), pp. 207-208. V. tb. Carla Martingo, *O Corte dos Genitais Femininos em Portugal: O Caso das Guineenses. Estudo Exploratório*, Lisboa: ACIDI, 2009, p. 133.

Encontramos diferenças claras no quadro em que é praticada a episiotomia: esta não se restringe a grupos comunitários fechados ou de hábitos culturais arreigados e dissonantes dos da maioria, antes se podendo verificar a sua disseminação pela sociedade com independência das crenças ou tradições culturais dos envolvidos, por um lado, e procurando os seus praticantes justificá-la como medida recomendada pela ciência médica, por outro.

Os contextos, sem embargo, não se apartam tanto como pode parecer. Em primeiro lugar, referimos acima o cariz rotineiro da prática em Portugal, pelo que também aqui podemos identificar uma habituação que normaliza a prática aos olhos dos implicados. Em segundo lugar, embora a prática discursiva busque sustentar o procedimento nas indicações da medicina, as dúvidas sobre os seus benefícios obrigam, quando menos, a questionar o rigor de tais alegações, sendo legítimo, por conseguinte, duvidar da suposta objectividade científica que se quer contrapor a rituais culturais. Finalmente, os usos adoptados pelos profissionais médicos, tanto privando a mulher de informação essencial sobre a intervenção como dispensando o seu consentimento, obrigam a reconhecer nesta constelação de casos um desrespeito pela autonomia da visada, que vê negada a sua liberdade de decisão. Não se registarem consequências de ostracismo ou episódios de rapto na sequência de uma recusa da cirurgia pela mulher não obsta a esta aproximação, bastando notar que as falhas no esclarecimento e na busca de assentimento já traduzem uma imposição de vontade suficiente, como vimos, para afirmar a tipicidade.

Estes pontos sustentam a aproximação problemática entre o critério normativo do artigo 144º-A e a casuística verificada amiúde na prática da episiotomia, mas ainda é necessário confrontar um elemento

típico de realização mais duvidosa neste contexto: as “razões não médicas” mencionadas no nº 1.

A incerteza advém dos dados a que nos vimos reportando. Não apenas o procedimento em apreço é normalmente efectuado por profissionais médicos num hospital e se insere numa sequência de actos inegavelmente médicos como se invocam motivos de igual jaez para o realizar. Isto parece apontar a inadequação dilemática daquele critério normativo, mas convém não apressar a conclusão.

Quanto aos elementos acabados de referir, nenhum deles, em rigor, permite comprovar a existência de razões médicas. A averiguação destas a propósito de um acto não pode bastar-se com demonstração equivalente para outro ou outros (ainda que realizados no mesmo contexto), nem com a formação médica do agente ou com a configuração do local onde tudo decorre. Estes factores servem, quando muito, de indícios do cariz dos motivos. Se, *v. g.*, um médico que trabalhasse num hospital, por ódio ou irritação com um paciente, decidisse aproveitar uma cirurgia para estender a incisão além do necessário, a lesão assim produzida não se explicaria por razões médicas, apesar de os elementos referidos estarem presentes. Pelo que, em suma, não é por se inserir numa série de actos médicos praticados por um profissional médico num hospital que o acto em questão se pode dizer realizado por razões médicas.

Relativamente aos motivos apresentados pelos profissionais para a prática da episiotomia, devemos começar por apurar se as razões são médicas em função dos fins prosseguidos pelo agente, se a qualificação se dá consoante haja ou não indicação do procedimento à luz dos conhecimentos da medicina, ou se relevam ambos os factores. O primeiro referente tem um pendor subjectivo; o segundo é marcadamente objectivo.

Se o critério subjectivo receber preferência, então a maioria, senão a totalidade, dos casos de episiotomia cairá fora do âmbito típico do artigo 144º-A, nº 1, pois partimos da presunção de que os agentes que a realizam agem convencidos de se tratar de uma intervenção benéfica para a parturiente e medicamente indicada.

Não pode, contudo, ser assim. Atente-se de novo na delimitação típica operada pelos artigos 150º e 156º: a realização dos procedimentos identificados no artigo 150º, nº 1, sem consentimento do visado constitui crime contra a liberdade, mas não contra a integridade física, em virtude de se tomar a actuação como benéfica para a saúde da vítima. Para tal não basta, todavia, a finalidade terapêutica mencionada no artigo 150º, nº 1: requer-se ainda a indicação médica da intervenção. Faltando, destarte, a base objectiva capaz de oferecer suporte à dimensão subjectiva, a acção do médico, se realizada sem assentimento, não constitui mero crime contra a liberdade, mas sim, desde logo, contra a integridade corporal. Ora, em face disto, não faria sentido que para dar por verificadas as razões médicas do artigo 144º-A, nº 1, bondasse a finalidade prosseguida pelo médico, pois tal redundaria em que uma disposição criada para reforçar a protecção dos bens de meninas, jovens e mulheres (mormente, a integridade física, a liberdade sexual e a liberdade de decisão sobre a sujeição a intervenções cirúrgicas) levaria afinal a desprotegê-las perante intromissões lesivas no seu aparelho genital, acabando estas pessoas em pior situação do que aquela em que se encontrariam se se aplicara o regime geral.

Isto suposto, é forçoso concluir que a verificação das razões médicas requer não apenas que o agente actue guiado por propósito em conformidade, mas outrossim que o procedimento este-

ja de acordo com a indicação dos conhecimentos médicos vigente na altura. E é justamente aqui que vimos falhar a episiotomia, não podendo mais afirmar-se a recomendação científica da sua realização, ao menos com o teor genérico de antanho. Não encontramos neste ponto, por conseguinte, obstáculo à aplicação do artigo 144º-A.

Diferentemente do que sucede com os actos preparatórios da ofensa à integridade física grave em geral, os da mutilação genital feminina são punidos, como resulta do nº 2 do artigo 144º-A. Também diferentemente daquele crime, a mutilação genital feminina aparece incluída no catálogo de infracções para as quais a lei portuguesa pode ser competente quando cometidas fora do território português, nos termos do artigo 5º, nº 1, al. c), do CP.⁽²⁵⁾ Aspectos como este permitem-nos falar numa tutela reforçada contra as práticas em causa no artigo 144º-A. Ora, admitindo-se a procedência dos pontos da nossa argumentação, podemos concluir que essa protecção acrescida se explica pelo especial contexto de ofensividade verificado, dado que, em muitos casos de episiotomia, como em muitos de excisão feminina, a ofensa à integridade física implica, ademais, uma dimensão significativa de menosprezo pela autonomia da vítima.

Outro aspecto do regime da mutilação genital feminina, contudo, mostra-se mais problemático.

De acordo com o artigo 149º, nº 3, do CP, o consentimento não exclui em caso algum a ilicitude da mutilação genital feminina. Esta norma cria uma dificuldade de relevo para a nossa leitura, visto que, se sustentamos a adequação do artigo 144º-A aos casos de episiotomia não consentida (não só, mas também) no desrespeito pela liberdade de decisão da parturiente, está claro que, se esta con-

²⁵ O artigo 144º surge mencionado na al. d), mas então é necessário que a vítima seja menor.

sente em submeter-se ao acto, deixa de se poder afirmar tal desrespeito, quedando apenas a lesão da integridade corporal. Ora, admitindo que não há indicação médica no caso, o acto é típico, mas não vemos razões para não ser justificado pelo consentimento, dado que este, em geral, é apto para fundamentar a exclusão da ilicitude de ofensas corporais, como disposto nos artigos 38º e 149º, nº 1. Aplicando-se, no entanto, o artigo 144º-A a casos de episiotomia, o nº 3 tem o efeito de afastar a eficácia do consentimento, não podendo, em suma, realizar-se o procedimento nem quando a parturiente concorde. Este resultado, a nosso ver, é indesejável, por não descortinarmos motivo que o explique. Ele não é, porém, inevitável.

Temos o artigo 149º, nº 3, por inaplicável ao caso – não porque não se lhe adeque especificamente, mas sim porque ele não deve ser aplicado a caso nenhum, por se tratar de norma inconstitucional.⁽²⁶⁾ Funcionando em Portugal uma democracia pluralista, nos termos do artigo 2º da Constituição, a essa luz se lendo o princípio da igualdade (artigo 13º), e gozando todos os cidadãos do direito ao desenvolvimento da personalidade e de protecção contra qualquer forma de discriminação segundo o artigo 26º, nº 1, a imposição de intervenção penal em qualquer caso de mutilação genital feminina, sem atender aos motivos do consentimento e ao circunstancialismo do caso, só tem cabida num quadro paternalista de imposição moralmente autoritária das concepções maioritárias sobre o que melhor serve o bem-estar de cada mulher. Assim, por violação do referido direito e do princípio da

igualdade (valendo aqui tanto a comparação com outras lesões da integridade física, nas quais, por regra, se pode consentir, como a comparação com a mutilação genital masculina, usualmente designada circuncisão), o artigo 149º, nº 3, é inconstitucional e não deve ser aplicado.

Nesta linha, desaparece o obstáculo apontado e temos caminho pèrvio para a aplicação do artigo 144º-A do CP aos casos de episiotomia realizada sem assentimento livre e esclarecido da parturiente.

A disseminação e habitualidade do recurso à episiotomia, por um lado, e a sua inserção em sequências de procedimentos onde se incluem, predominantemente, actos medicamente indicados obrigam a considerar a hipótese de o profissional médico agir em erro sobre a ilicitude. Com efeito, é de supor que a maioria dos médicos (senão todos) não actua com intento essencialmente lesivo, e sim de beneficiência. Tal há-de repercutir-se na (deficiência de) percepção da ofensividade do acto praticado. Assim, é força considerar a hipótese de falta de consciência da ilicitude, regulada no artigo 17º do CP. Os dados apresentados e os desenvolvimentos realizados até aqui oferecem-nos os dois pontos essenciais para ajuizarmos da censurabilidade do erro em apreço.

Em primeiro lugar, não surpreenderá que a falta de valoração não incida sobre a interdição das ofensas corporais em geral, mas sim sobre o próprio cariz ofensivo da prática de que curamos. O seu contexto torna a suposição fácil de aceitar: o entendimento predominante na comunidade médica de que se trata de uma prática de rotina que dispensa a concordância da mulher dificilmente deixará de se reflectir na assunção pelos profissionais de estar em causa um procedimento inofensivo, ou sem potencial lesivo de relevo. Ora, esta envolvên-

²⁶ Neste sentido e para o que se segue, Brito Neves, “Mutilação genital feminina”, cit., pp. 24-26. Cft. Paula Ribeiro de Faria, “A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina”, in Maria da Conceição Cunha (coord.), *Combate à Violência de Género: Da Convenção de Istambul à Nova Legislação Penal*, Porto: Universidade Católica Editora, 2016 (99-127), pp. 110 e ss.

cia pode bem impedir o agente de apreender o sentido normativo que as normas de punição da ofensa à integridade física e da mutilação genital feminina assumem no caso da episiotomia. Não pode isto deixar de ter consequências no juízo de culpa, pois prejudica ou diminui a justa oportunidade de que o agente deve gozar no caso concreto de se motivar pela obrigação de respeitar os valores protegidos pelo Direito.⁽²⁷⁾

Em segundo lugar, não obstante o engano, a motivação do agente revela ainda uma conformidade essencial com os valores do Ordenamento: não se trata tanto de pretender lesar a integridade física da mulher e de ir contra a sua vontade como de acreditar (erroneamente) que essa integridade está a ser fundamentalmente respeitada, e que a concordância com a generalidade dos procedimentos engloba o acto em questão.⁽²⁸⁾ O agente está, destarte, ainda em sintonia com a intencionalidade fundamental do sistema axiológico-normativo, revelando-se uma pessoa “eticamente bem formada”.⁽²⁹⁾ São respeitadas, por conseguinte, exigências axiológicas mínimas no respeitante à direcção intencional do comportamento do agente⁽³⁰⁾.

²⁷ V. Maria Fernanda Palma, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2005, pp. 206 e ss. e 211 e ss., centrando as suas preocupações sobretudo no erro provocado, não porque o agente desconhece o quadro legal abstracto, mas porque as suas razões de agir e motivações o impedem de chegar às soluções que o Direito impõe – não estando em causa tanto um erro de ignorância como uma falta de sensibilização pelas valorações legalmente consagradas, falta essa explicada tanto pela imposição do projecto existencial do agente como pela “vivência cultural dos valores, divergente do quadro de valores proposto pelo Direito”. Não pode isto deixar de se repercutir nos casos que analisamos, pois é justamente um quadro contextual de valorações que ajuda a explicar o aparecimento do erro dos médicos.

²⁸ Naturalmente que estas considerações vão pensadas em termos genéricos e modelares. Verificando-se, na situação particular, que as motivações do profissional médico foram outras, a solução será diversa.

²⁹ V. Fernanda Palma, *ibid.*, pp. 167 e ss. (mormente, p. 171).

³⁰ Aproximamo-nos de um traço essencial do critério da rectitude da consciência errónea que encontramos em Jorge de Figueiredo Dias,

Estas directrizes apontam a solução da não censurabilidade do erro sobre a ilicitude. Cabe notar, todavia, que, consoante vá ganhando terreno a consciência da lesividade da prática, por um lado, e da consequente necessidade de obter o assentimento da visada, por outro, o espaço da censura não poderá deixar de crescer.

Conclusões

Por envolver a lesão da integridade corporal e da liberdade sexual da mulher, a prática da episiotomia requer o consentimento prévio, livre, informado e esclarecido da visada, independentemente da existência de justificação clínica para a sua realização.

A prática de episiotomia sem indicação médica para o efeito e/ou consentimento da parturiente consubstancia uma forma de violência obstétrica, originando um dano susceptível de responsabilização civil e penal.

Bibliografia

Almeida, Carlota Pizarro de, “Mutilação genital feminina”, in *Convenção de Istambul. Notas sobre os projetos legislativos*, 2015 (1) (disponível em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d-364c793968636d356c6443397a6158526c-6379395953556c4d5a5763765130394e-4c7a464451554e45544563765247396a-6457316c626e527663306c75-61574e7059585270646d4644623231706334e-68627938324d7a49344d57566b->

O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal, 6.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 362 e ss.; *id.* (colabor. Maria João Antunes / Susana Aires de Sousa / Nuno Brandão / Sónia Fidalgo), *Direito Penal – Parte Geral*, tomo I (*Questões fundamentais – A doutrina geral do crime*), 3.ª ed., Coimbra: Gestlegal, 2019, pp. 740 e ss. Não perfilhamos, contudo, a concretização do critério pelo autor, já que os seus termos parecem revelar a pressuposição de que a ponderação feita pelo agente em erro tem por objecto os valores na sua vigência abstracta e independente das relações concretas da vida.

- [596930354d44557a4c54526c4e444d744f5745324f-4330314d6a6c6b4d54466b5957597a4f446b75634752-6d&fich=63281edb-9053-4e43-9a68-529d11daf389.pdf&InLine=true](https://doi.org/10.1186/s13061-022-03389-9), consultado a 21/5/2024).
- Amorim, Melania Maria Ramos de; Katz, Leila, O papel da episiotomia na obstetrícia moderna / The role of episiotomy in modern obstetrics, *Femina*, 36 (1), 2008 (47-54).
- Associação Portuguesa pelos Direitos das Mulheres na Gravidez e Parto (2020), Inquérito de experiências de parto em Portugal 2015-2019, 2ª ed. (disponível em https://associacaogravidezeparto.pt/wp-content/uploads/2020/12/Experie%CC%82ncias-de-Parto-em-Portugal_2edicao_2015-19-1.pdf, consultado a 21/5/2024).
- Borges, Bárbara Bettencourt *et al.*, “Episiotomia – Uso generalizado *versus* seletivo”, *Acta Médica Portuguesa*, 16, 2003 (447-454).
- Carniel, Francieli *et al.*, “Episiotomia de rotina: necessidade *versus* violência obstétrica”, *Journal of nursing and health*, 9 (2), 2019, e199204.
- Carroli, Guillermo / Mignini, Luciano, “Episiotomy for vaginal birth”, *Cochrane Database of Systematic Reviews*, 2009 (1).
- Comité para a Eliminação de Discriminação contra Mulheres (2020). M. D. C. P. v. *Espanha*, Comunicação n.º 154/2020, de 9 de março de 2023, Documento da Organização das Nações Unidas n.º CEDAW/C/84/D/154/2020 (disponível em https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=17 consultado a 21/5/2024).
- Dias, Augusto Silva, “Faz sentido punir o ritual do fanado? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana”, *RPCC*, 16 (2), 2006 (187-238).
- Dias, Jorge de Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*, 6.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- Dias, Jorge de Figueiredo (colabor. Maria João Antunes / Susana Aires de Sousa / Nuno Brandão / Sónia Fidalgo), *Direito Penal – Parte Geral*, tomo I (*Questões fundamentais – A doutrina geral do crime*), 3.ª ed., Coimbra: Gestlegal, 2019.
- Djanogly, T. *et al.*, “Choice in episiotomy – fact or fantasy: a qualitative study of women’s experiences of the consent process”, *BMC Pregnancy and Childbirth*, 22 (39), 2022.
- Faria, Paula Ribeiro de, “A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina”, in Maria da Conceição Cunha (coord.), *Combate à Violência de Género: Da Convenção de Istambul à Nova Legislação Penal*, Porto: Universidade Católica Editora, 2016 (99-127).
- Grupo de Juristas Amnistia Internacional Portugal, “Mutilação genital feminina: a questão da tipificação penal”, 2008 (disponível em https://www.amnistia.pt/wp-content/uploads/2017/06/Parecer_MGF_GJ_AI.pdf, consultado a 21/5/2024).
- Junior, Mário Dias Corrêa / Júnior, Renato Passini, “Selective Episiotomy: Indications, Technique, and Association with Severe Perineal Lacerations”, *Rev. Bras. Ginecol. Obstet.*, 38 (6), 2016 (301-307).
- Junqueira, Sónia / Miquilini, Elaine Cristina, “Frequência e critérios para indicar a episiotomia”, *Revista de Enfermagem da Universidade de São Paulo*, 39 (3), 2005 (288-295).
- Kukura, Elisabeth, “Obstetric violence”, *Georgetown Law Journal*, 106, 2018 (721-801).
- Leitão, Helena Martins, “A mutilação genital feminina à luz do Direito Penal português: da necessidade de alteração do seu regime legal”, *RMP*, 34 (136), 2013 (99-121).
- Leite, André Lamas, “As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais – Nótulas esparsas”, *Julgar*, 28, 2016 (61-74).
- Martingo, Carla, *O Corte dos Genitais Femininos em Portugal: O Caso das Guineenses. Estudo Exploratório*, Lisboa: ACIDI, 2009.
- Monte, Mário Ferreira, “Mutilação genital, perseguição (stalking) e casamento forçado: novos tempos, novos crimes... (Comentários à margem da Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto)”, *Julgar*, 28, 2016 (75-88).
- Myers-Helfgott, MG, Helfgott, AW, “Routine use of episiotomy in modern obstetrics. Should it be performed?”, *Obstet. Gynecol. Clin. North Am.*, 26 (2), 1999 (305-325).
- Neves, António Brito, “Mutilação genital feminina e masculina: confronto e perspectivas”, in Catarina Abegão Alves *et al.* (com. org.), *Prof. Doutor Augusto Silva Dias in Memoriam*, vol. II, Lisboa: AAFDL, 2022 (19-34).

- Observatório Português dos sistemas de saúde, Relatório Primavera, 2018 (disponível em <https://www.opssau-de.pt/relatorios/relatorio-de-primavera-2018/>, consultado a 21/5/2024).
- Palma, Maria Fernanda, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2005.
- Previatti, Jaqueline Fátima / Souza, Kleyde Ventura de, “Episiotomy: focusing women’s view”, *Rev. Bras. Enfermagem*, 60 (2), 2007 (197-201).
- Raimundo, Miguel Assis, “Consentimento Informado, causalidade e ônus da prova em responsabilidade hospitalar”, in Carla Amado Gomes *et al.* (coord.), *Responsabilidade na prestação de cuidados de saúde*, Lisboa: ICJP, 2013 (73-95).
- Santo, Susana, “Episiotomia, Norma de Orientação SPOMMF”, *Acta Obstet. Ginecol. Port.*, 16 (1), 2022 (70-74).
- Simões, Vânia, “A violência obstétrica: a violência institucionalizada contra o género”, *Anatomia do Crime*, 6, 2017 (73-94).
- Simões, Vânia, *Violência Obstétrica, Direitos das Mulheres e Tutela jurídica*, tese de doutoramento apresentada junto da Nova School of Law, Lisboa: Nova School of Law, 2024.
- Zaami, S. / Stark, M. / Beck, R. / Malvasi, A. / Marinelli, E., “Does episiotomy always equate violence in obstetrics? Routine and selective episiotomy in obstetric practice and legal questions”, *Eur. Rev. Med. Pharmacol. Sci.*, 23 (5), 2019 (847-1854).