



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Violência de Género contra as Mulheres: Desafios e Tendências na Legislação Penal

Joana Manuela Ferreira Dias

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2023



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Violência de Género contra as Mulheres: Desafios e Tendências na Legislação Penal

Joana Manuela Ferreira Dias

Orientadora: Prof. Doutora Sandra Tavares

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2023

*“Feminist thinking teaches us all, especially, how to love justice and freedom in ways
that foster and affirm life”.*

Bell Hooks, *Feminism is for Everybody*.

Agradecimentos

A elaboração desta dissertação foi uma longa caminhada, cheia de incertezas e desafios. Um percurso que, apesar de solitário, só foi possível graças ao contributo de várias pessoas a quem dedico especialmente o meu obrigada.

Ao meu pilar, a minha família, especialmente aos meus pais, a quem devo, em grande parte, tudo o que sou e o sucesso do meu percurso académico. Agradeço por todo o amor, apoio e respeito pelas minhas escolhas. Por impulsionarem os meus voos e me deixarem sempre um passo mais perto de alcançar os meus sonhos.

Às minhas amigas do Mondego, Beatriz, Maria Afonso, Maria Costa e Mariana, por, perto ou longe, partilharmos juntas todas as conquistas e por serem a palavra de conforto nos momentos difíceis. Levarei sempre comigo os segredos e memórias do que vivemos em Coimbra, com a esperança de um dia lá voltar.

Aos meus amigos de casa, pelo apoio e compreensão nos períodos de ausência. Em especial, à Helena e à Rita, pelas palavras amigas e encorajadoras e por acreditarem em mim quando eu não o consegui fazer.

Expresso ainda a minha gratidão e apreço à Professora Doutora Sandra Tavares, por todo o rigor, apoio e disponibilidade, mas, sobretudo, pelo estímulo ao espírito crítico com que me orientou na elaboração desta dissertação.

Em especial, deixo o meu agradecimento e admiração às mulheres da minha vida: a minha mãe, a minha avó e a minha madrinha. Por serem exemplos de mulheres fortes e determinadas, que me inspiram a fazer sempre mais e melhor.

A todos vocês, o meu sincero agradecimento.

Resumo:

A violência de género é um problema social e jurídico que tem sido objeto de debate e discussão em todo o mundo. Em Portugal, a relação entre a violência de género e o direito penal tem evoluído ao longo dos anos, refletindo as mudanças na sociedade e no papel da mulher. Esta dissertação de mestrado abordará tópicos como a evolução histórica do papel da mulher no direito, as teorias feministas do direito, o feminicídio, a violência obstétrica e a discriminação positiva, focando-se na possível pertinência de legislação específica e a sua efetividade na reversão das condições que motivam a violência contra as mulheres. Através de uma análise detalhada da lei penal portuguesa procurámos abordar estes tópicos e relacioná-los com a questão da violência de género em Portugal e as medidas necessárias para a erradicar.

Palavras-Chave: direito penal; violência de género; mulher; discriminação positiva; feminicídio; violência obstétrica; teorias feministas do direito; igualdade.

Abstract:

Gender-based violence is a social and legal issue that has been the subject of debate and discussion around the world. In Portugal, the relationship between gender-based violence and criminal law has evolved over the years, reflecting changes in society and the role of women. This master's dissertation will address topics such as the historical evolution of the role of women in the law, femicide, obstetric violence, and positive discrimination, focusing on the relevance of specific legislation and its effectiveness in reversing the conditions that motivate violence against women. Through a detailed analysis of the portuguese criminal law topics, we aim to provide a comprehensive view on those topics and the correlation between them and the issue of gender-based violence in Portugal and the necessary measures to eradicate it.

Key-Words: criminal law; gender-based violence; women; positive discrimination; femicide; obstetric violence; law feminist theories; equality.

Lista de siglas e abreviaturas:

APDGM	Associação Portuguesa pelos Direitos da Mulher na Gravidez e Parto
AR	Assembleia da República
Art.	Artigo
CC	Código Civil
C.Const.	Carta Constitucional
CE	Conselho Europeu
CEDAW	Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres
CIG	Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género
CITE	Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego
CP	Código Penal
CPC	Código Processo Civil
CPP	Código Processo Penal
CPRP	Constituição Política da República Portuguesa de 1933
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto de Lei
MP	Ministério Público
N.º	Número
OM	Ordem dos Médicos Portuguesa
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
OPSS	Observatório Português dos Sistemas de Saúde
P.	Página
PP.	Páginas
PE	Parlamento Europeu
RASI	Relatório Anual Segurança Interna
TIR	Termo de Identidade e Residência
TR	Tribunal da Relação
UE	União Europeia

Índice:

Introdução	1
1. Género e Sexo	1
2. A Convenção de Istambul e a Violência de Género	2
Capítulo I	4
1. A evolução histórica do papel da mulher enquanto sujeito de direito	4
1.1. Idade Média	4
1.1.1. A mulher no direito das Ordenações	5
1.2. A passagem da Idade Moderna para o séc. XIX	6
1.2.1. O estatuto da mulher no primeiro Código Penal português	6
1.2.2. As exigências da Liga Republicana das Mulheres Portuguesas e o seu reflexo na legislação da 1ª República	8
1.3. O Estado Novo e os Primeiros Retrocessos nos Direitos das Mulheres	10
1.3.1. A Lei Penal no Estado Novo	11
1.4. O Direito Pós-Revolução	11
1.4.1. O Código Penal de 1982	12
2. As Teorias Feministas do Direito	13
2.1. Igualdade formal	14
2.2. Igualdade como diferença	15
2.3. Multiplicidade de Identidades	16
2.4. Métodos Jurídicos Feministas e o Feminismo Português	16
Capítulo II	18
1. O Femicídio	18
1.1. A correlação com a Violência Doméstica	19
A) A suspensão provisória do processo	20
B) Medidas de coação	22
C) A pena suspensa e o arquivamento	23
1.2. Narrativas mediáticas e jurisprudenciais	24
2. A Violência Obstétrica	25
2.1. O conceito de Violência Obstétrica	26
2.2. A Episiotomia	27
2.2.1. Como manifesto da violação do direito ao consentimento e do dever de esclarecimento	27
2.2.2. Como forma de violência sexual	29

2.3.	Outras técnicas problemáticas e o seu reflexo jurídico-penal	30
2.4.	O abandono e a ameaça como formas de violência psicológica e verbal	31
2.5.	Responsabilização, dificuldades e possíveis soluções	33
A)	Plano de parto	33
B)	Mutilação Genital Feminina	34
C)	Autonomização de um tipo legal de crime	35
3.	<i>Discriminação Positiva e o Princípio da Igualdade</i>	37
	<i>Conclusão</i>	39
	<i>Bibliografia</i>	41
1.	<i>Livros e capítulos de livros</i>	41
2.	<i>Artigos em revistas científicas</i>	43
3.	<i>Relatórios e links relevantes</i>	44

Introdução

Portugal está integrado na luta mundial contra a Violência de Género e vinculado, por uma série de documentos e instrumentos jurídicos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres e a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres, a adotar as medidas necessárias para erradicar a violência contra as mulheres.

A Violência de Género está longe de ser um problema do passado. Se olharmos às mais recentes situações de crise que afetaram o Mundo denotamos um impacto desproporcional para as mulheres, que são colocadas em posições particularmente vulneráveis. Veja-se, por exemplo, como no decorrer da pandemia do Covid-19, assistimos ao aumento da Violência Doméstica¹ conjugal e/ou análoga, e, mais recentemente, o conflito Rússia vs. Ucrânia, que tem potenciado o aumento de atos de violência explícita contra as mulheres, como o tráfico de pessoas e agressões sexuais².

Assim, por entendermos ser um problema atual e pertinente, propomos um debate jurídico, com foco na lei penal portuguesa e a sua correlação com a Violência de Género contra as mulheres, sobre a pertinência de legislação específica e a sua possível eficácia.

Embora a lei tenha evoluído, ainda existem situações em que a proteção oferecida é inadequada, o que pode perpetuar a sua subordinação e discriminação. O nosso objetivo é identificar algumas dessas lacunas e propor soluções para melhorar a proteção legal conferida às mulheres, já que a não regulação pode muitas vezes ser conservadora de situações injustas e violadoras de direitos humanos essenciais. Cabe, antes de mais, a clarificação de alguns conceitos essenciais.

1. Género e Sexo

A distinção entre género e sexo é fundamental para compreendermos as desigualdades de género que afetam as mulheres e para que possamos lutar contra a discriminação com base no género³.

O sexo está intimamente ligado a fatores biológicos, apresenta-se na distinção binária entre sexo masculino e feminino, em função dos órgãos reprodutivos que lhes

¹ Sobre o aumento da Violência Doméstica no Covid-19, ver ONU, 2020.

² Sobre o aumento da violência contra as mulheres no conflito Rússia vs. Ucrânia, ver ONU, 2022.

³ A este respeito, ver Beleza, 2010.

correspondem. Isto repercute-se no mundo jurídico através da atribuição do sexo, no registo civil, após o nascimento.

O conceito de género não está intrinsecamente relacionado com o sexo biológico. Relaciona-se com a forma como o indivíduo se identifica, se comporta, e, acima de tudo, com a construção social e cultural que, historicamente, a sociedade criou sobre as formas de comportamento associadas a cada sexo.

No entanto, esta está longe de ser uma distinção pacífica. Aliás, a própria convicção de que existe uma separação entre os conceitos de sexo e de género é problemática. Entendemos, ainda assim, que a forma como a sociedade atribuiu diferentes papéis e comportamentos a homens e mulheres, baseados no seu género, criou, entre eles, manifestas desigualdades que se repercutem no plano legal até aos dias de hoje.

Esta distinção, entre sexo e género, é, então, relevante para que possamos entender que não são as diferenças biológicas que determinam papéis e comportamentos na sociedade, mas, sim, a construção social de género, que pode variar de acordo com a cultura, a época e as circunstâncias sociais e políticas.

2. A Convenção de Istambul e a Violência de Género

A 11 de maio de 2011, foi aprovada a Convenção de Istambul, ratificada por Portugal⁴, cujo principal objetivo é a promoção da igualdade entre homens e mulheres, enquanto condição essencial para a erradicação da violência. É essencial refletir sobre os princípios e o significado desta Convenção em Portugal, e sobre a forma como estes se refletem na legislação e na sua aplicação prática.

A ONU define a Violência de Género como todo e qualquer ato de violência ou abuso dirigido contra uma pessoa por razão do seu género⁵. As mulheres foram, e são, as vítimas mais frequentes da Violência de Género. Por isso mesmo, a Convenção de Istambul, na alínea d) do art. 3.º, avança com uma definição concreta para a Violência de Género dirigida especificamente contra as mulheres como: “toda a violência dirigida contra uma mulher por ela ser mulher ou que afete desproporcionalmente as mulheres”.

Para além de acartar um amplo espetro de consequências para as suas vítimas, que vão desde danos físicos e psicológicos, ao isolamento social e instabilidade económica, a

⁴ Resolução da AR n.º 4/2013, de 21 de janeiro.

⁵ Por violência entendem-se todo o tipo de agressões, independentemente da sua natureza física ou psicológica.

Violência de Género tem um impacto geral para a comunidade, na medida em que se trata de um obstáculo à concretização da igualdade, princípio basilar de qualquer Estado de direito democrático. O direito tem, por isso, a obrigação de combater veemente quaisquer obstáculos que se coloquem à sua realização, incluindo a Violência de Género contra as mulheres.

Embora possamos encontrar já tipificadas várias formas de Violência de Género, como a Violência Doméstica, a Mutilação Genital Feminina ou os Crimes Contra a Liberdade e a Autodeterminação Sexual, tal não significa que esta não continue a existir. Aliás, o RASI referente ao ano de 2022, publicado em vésperas do término do nosso estudo, vem precisamente confirmar a existência de violência que afeta desproporcionalmente as mulheres e de como esta se encontra longe de ser erradicada.

Na análise dos índices referentes aos Crimes Contra a Liberdade e a Autodeterminação Sexual, o relatório começa por referir que estes são crimes cujas vítimas são maioritariamente do sexo feminino. Através de uma análise mais pormenorizada, percebemos que a propensão para a violência contra as mulheres se manifesta logo no Abuso Sexual de Menores, sendo 82% do total das vítimas do sexo feminino. Mas, é de notar um aumento, especialmente alarmante, de 30% no crime de Violação, ao qual corresponde uma taxa de 93.6% de vítimas do sexo feminino⁶. Estes dados, corroboram a pertinência do estudo da Violência de Género, evidenciando que esta não é, como muitas vezes se pensa, um problema do passado. Para além disso, estes números referem-se apenas aos casos que chegam às autoridades competentes, existindo ainda muitos outros que não chegam sequer a ser denunciados.

É, por isso, necessário refletir sobre as particulares dificuldades que as mulheres enfrentam no acesso à justiça, bem como sobre a eficácia dos tipos legais presentes no Código Penal, e no facto de estes nem sempre se mostrarem suficientes à proteção das vítimas e à responsabilização dos seus autores. Assim, começaremos por fazer um circuito pela evolução legal do conceito de mulher e dos contributos das teorias feministas do direito, para depois nos debruçarmos sobre o foco do nosso estudo, dedicando-nos a três tópicos que consideramos pertinentes discutir à luz da legislação penal de hoje: o Feminicídio, a Violência Obstétrica e o binómio igualdade e diferença.

⁶ RASI, 2022, p. 44.

Capítulo I

1. A evolução histórica do papel da mulher enquanto sujeito de direito

A violência contra as mulheres foi um fenómeno legitimado durante séculos. Até muito recentemente, a opinião dominante na sociedade era a de que as mulheres eram, por natureza, inferiores, conceção que foi sustentada e reforçada pelo direito, através de leis sobre o casamento, a sexualidade, a política, o trabalho ou a educação.

O caminho até ao pleno reconhecimento dos direitos das mulheres não é um percurso linear, é feito de avanços e de retrocessos legais, que acompanharam as evoluções sociais e contribuíram para que as mulheres se encontrem, até aos dias de hoje, aprisionadas “pelo seu género, com um acesso sempre mais limitado à educação, à propriedade e ao poder político em comparação com os homens da sua posição social”⁷.

Por isso, uma vez que a violência contra as mulheres é composta por elementos históricos e culturais, que “lhe conferem o significado político e ideológico de mecanismo social pelo qual as mulheres são forçadas a assumir uma posição de subordinação em relação aos homens”⁸, consideramos indispensável uma análise às evoluções legais.

1.1. Idade Média

Foi na Idade Média, no séc. XII, que se estabeleceu, pela primeira vez, uma idade mínima para adquirir capacidade nupcial. Decretada pela Igreja, esta idade era, como foi aliás até 1977, diferente para raparigas e rapazes. As primeiras adquiriam capacidade para celebrar matrimónio aos 12 anos, enquanto para os rapazes tal acontecia aos 14⁹.

Foi precisamente em torno do ideal do casamento e da família, conceitos que, até muito recentemente, estavam intimamente ligados, que se construiu o papel «natural» da mulher, colocando-se sobre ela a especial responsabilidade de preservação da honra, e não apenas a sua. Através da obrigação de preservação da virgindade até ao casamento, conservava a honra da sua família. Após o matrimónio, esperava-se que assegurasse a linhagem, fosse fiel e cuidadora, assegurando a honra do seu marido e respetiva família.

⁷ Frutuoso, 2020, p. 55.

⁸ Sottomayor, 2016, p. 73.

⁹ Frutuoso, 2020, p. 57.

Gerou-se, neste contexto, uma grande parte dos estereótipos que, ainda hoje, nos impedem de alcançar uma verdadeira igualdade. Categorizavam-se, assim, as mulheres em três grupos: virgens, viúvas e casadas. As que não se enquadravam nestas categorias eram ostracizadas, assumindo-se a prostituição como a forma privilegiada de marginalização. Estima-se que cerca de metade das mulheres que se prostituíam, nesta época, o faziam na sequência de terem sido vítimas de violações públicas e que aproximadamente ¼ tenham sido exploradas e vendidas pelas suas próprias famílias. Apenas 15% das mulheres se prostituía de forma voluntária, sem que fossem coagidas ou violentadas para tal¹⁰.

1.1.1. A mulher no direito das Ordenações

Até 1826, a legislação portuguesa regia-se pelas Ordenações, compilações das leis em vigor. As Ordenações Afonsinas e Manuelinas, dos séculos XV e XVI, respetivamente, e as Ordenações Filipinas, do século XVII, foram as principais compilações utilizadas até 1867. A transição entre elas não implicou mudanças significativas no estatuto jurídico da mulher, pelo que vamos partir das Ordenações Filipinas, como referência, até ao subsequente Código de Seabra.

As leis eram organizadas dentro das próprias Ordenações¹¹. As Ordenações Filipinas partiam da categorização mencionada anteriormente e atribuíam diferentes estatutos à mulher casada ou solteira/viúva, com a semelhança de, em ambos os casos, lhe ser atribuído um estatuto de submissão. É de destacar a submissão ao poder do marido, que detinha um controlo tal sobre a mulher, que a lei penal previa a possibilidade de este a castigar corporalmente, aprisionar ou matar¹².

Mesmo na esfera do poder paternal, o poder era exclusivo do homem, deixando a mulher sem qualquer autoridade sobre os filhos. Em caso de morte do pai, a regra era que o filho fosse declarado órfão e entregue a um tutor escolhido por aquele, ou, caso não o tivesse previsto em vida, a nomeação de um tutor pelo juiz dos órfãos, a quem cabia determinar se a entrega deveria ser feita à mãe ou a outra pessoa¹³.

¹⁰ Rossiaud, 1991, p. 41.

¹¹ Livro I Direito Administrativo e Organização Judiciária; Livro II Direito dos Eclesiásticos, do Rei, dos Fidalgos e dos Estrangeiros; Livro III Processo Civil; Livro IV Direito Civil e Direito Comercial e Livro V Direito Penal e Processo Penal.

¹² “A mulher, quando casava, presumia-se que morria para a sua própria família e nascia para a do marido, onde ficava legalmente como filha”, em Guimarães, 1986, p. 558.

¹³ *Ibidem*, pp. 559 e 560.

1.2. A passagem da Idade Moderna para o séc. XIX

Os primeiros avanços e retrocessos reais nos direitos das mulheres iniciam-se na passagem da Idade Moderna para o séc. XIX, contexto pós-revoluções liberais, com a emergência dos primeiros movimentos organizados na defesa dos direitos das mulheres.

Em 1826 é promulgada a Carta Constitucional que, no art. 145.º, estatuiu um princípio formal de igualdade perante a lei, decretando que esta seria “igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”¹⁴. No entanto, quer na prática, quer em exceções criadas pela própria lei, continuavam a existir direitos e deveres distintos para homens e mulheres¹⁵.

A Carta Constitucional estabeleceu, ainda, no parágrafo 17.º do artigo 145.º, a necessidade de se adotar, com a máxima celeridade possível, um Código Civil e um Código Penal¹⁶. Surge, assim, em 1867, o primeiro Código Civil, que viria a ficar conhecido como o Código de Seabra¹⁷ e que cessou em 1967, cerca de cem anos depois. Responsável por cimentar a subordinação jurídica da mulher, manteve, desde logo, *a contrario sensu*, a capacidade núbil que já havia sido estabelecida na Idade Média¹⁸ e consagrou a especial obrigação do marido “proteger e defender a pessoa e os bens da mulher; e a esta a de prestar obediência ao marido”¹⁹.

1.2.1. O estatuto da mulher no primeiro Código Penal português

A 16 de setembro de 1886, é aprovado o primeiro Código Penal.

Uma das diferenças de tratamento mais notórias entre homens e mulheres encontrava-se na pena aplicável por crime de adultério. Quando praticado pelo homem²⁰ previa-se uma pena de multa de três meses a três anos²¹, quando praticado pela mulher era punido com pena de prisão de dois a oito anos, ou, em alternativa, com degredo temporário²².

¹⁴ Cf. art. 145.º, C.Const.

¹⁵ Cf. art. 7º CC de 1867 que, embora mencionasse uma ideia de igualdade formal independente do sexo, previa que se excecionassem “os casos que fossem especialmente declarados”.

¹⁶ Melo, 2015, p. 95.

¹⁷ Em nome de António Luís de Seabra, incumbido dos trabalhos preparatórios.

¹⁸ Cf. art. 1073.º CC 1867. A este propósito, Egas Moniz defendia a fixação da capacidade nupcial para os 18 anos por acreditar que, antes disso, a mulher não estaria apta a ser mãe e produzir bons filhos, nem biologicamente formada a ponto de ser apetejada pelo homem. Já este, antes dessa idade, teria desejos sexuais incompletos, não propícios à felicidade de um lar. Autor cit. por Melo, 2015, p. 98.

¹⁹ Cf. art. 1185.º CC 1867.

²⁰ Em relação ao qual o legislador se refreou de usar o termo adultério, adotando a expressão ter “manceba teúda e manteúda na casa conjugal”.

²¹ Cf. art. 404.º CP 1886.

²² Cf. art. 401.º CP 1886.

Afigura-se também interessante o facto de o legislador apontar, no 1.º parágrafo do art. 404.º, que, quanto ao adultério do marido, apenas poderia querelar a mulher, e não se encontrar norma semelhante no 401.º. Subentende-se, assim, que o legislador concebeu o adultério da mulher como um crime público, mas não o do marido. Aliás, o homem que encontrasse a sua mulher em adultério e lhe causasse ofensas corporais ou a matasse, seria desterrado para fora da comarca por seis meses²³, pena menos gravosa do que a aplicada à mulher pelo crime de adultério.

Prevvia-se também uma punição severa para o crime de aborto, fosse ou não consentido pela mulher grávida, com pena de prisão até oito anos e com a previsão de uma atenuante para o caso em que fosse executado para ocultar a desonra da mulher, em que a pena passaria a ser a de prisão correcional²⁴. Esta atenuante, que estava prevista também para o crime de infanticídio, remete-nos para a ideia, já explorada, da responsabilidade da mulher pela manutenção e preservação da honra de todas as pessoas à sua volta. O mesmo se aplicava em matéria de crimes sexuais, por exemplo, quando se considerava aceitável que o marido agredisse a mulher adúltera, porque, na base, a sua honra havia sido afetada pelo comportamento desta²⁵.

No capítulo dos crimes contra a honestidade, encontravam-se os crimes de violação, estupro, lenocínio, adultério e rapto. O legislador de 1886 optou pela criação de dois tipos legais de abuso sexual. O estupro, que incluía os atos empregues por meio de sedução para a concretização da cópula ilícita com mulheres virgens²⁶. E a violação, onde já não se fazia menção a um requisito de virgindade da mulher e em que o meio empregue seria a violência física ou intimidação²⁷. Ainda assim, embora no crime de violação, o legislador não tenha colocado a exigência da virgindade da mulher na letra da lei, quer para a aplicação do art., quer enquanto atenuante ou agravante, na aplicação prática da lei pelos tribunais este era um fator tido em conta na determinação da pena concreta²⁸.

É também relevante a norma que previa que, em caso de estupro, violação, rapto ou atentado ao pudor, independentemente das circunstâncias, cessaria todo o procedimento ou pena, quando o criminoso se casasse com a mulher ofendida²⁹. O casamento seria celebrado segundo o regime dotal e na fixação do dote, determinada pelo tribunal, ter-se-

²³ Cf. art. 372.º CP 1886.

²⁴ Cf. art. 358.º CP 1886.

²⁵ Melo, 2015, p. 113.

²⁶ Cf. art. 392.º CP 1886.

²⁷ Cf. art. 393.º CP 1886.

²⁸ *Ibidem*, 2015, p. 115.

²⁹ Cf. art. 400.º CP 1886.

ia em conta a responsabilidade penal do agente, como forma de indemnizar a mulher ofendida³⁰. Ora, o dote era entregue à família da mulher e não à própria, o que significa que a suposta indemnização seria direcionada à família e não à vítima. E, mesmo que assim não fosse, uma vez casada, cabia ao marido administrar todos os bens do casal, incluindo os próprios da mulher³¹. Verdadeiramente, não existia qualquer reparação para com a vítima, nem sequer uma real promoção de justiça.

Existia também uma crença generalizada de que as mulheres cometiam menos crimes do que os homens, devido a supostos traços inerentes à sua natureza, como uma moral mais elevada, um maior senso de pudor e altruísmo, e menor propensão a atos violentos³². José Caeiro da Mata³³ reiterou esta ideia, argumentando que a participação da mulher no crime é “tanto mais elevada, quanto menos força física e menos energia intelectual ele exige”³⁴. Contudo, Afonso Costa³⁵ refutou esta concepção, no seu comentário ao Código Penal, onde concluiu que os fatores determinantes da criminalidade não dependiam do género, mas de fatores sociais, particularmente de natureza económica³⁶.

O domínio penal refletiu, assim, as representações sociais das mulheres. Em algumas situações, como no caso de adultério, o género foi o fator discriminatório que levou a um tratamento mais rigoroso. Noutras, foi propulsor de uma maior indulgência, no entanto, também ela baseada numa concepção de inferioridade.

1.2.2. As exigências da Liga Republicana das Mulheres Portuguesas e o seu reflexo na legislação da 1ª República

A 5 de outubro de 1910, terminado o movimento da Revolução Nacional e destituída a Monarquia Constitucional, é proclamada a implantação da República Portuguesa. De imediato, constitui-se o Governo Provisório, que concentrou em si todos os poderes até à elaboração da nova constituição.

Neste período de transição, a Liga Republicana das Mulheres Portuguesas, criada em 1909, na sequência do regicídio, acaba por assumir a importante função de estabelecer a ligação entre o governo e as exigências das mulheres. Este grupo era constituído, no

³⁰ *Ibidem*, p. 117.

³¹ A mulher apenas tinha poderes de administração sobre os seus próprios bens mediante consentimento do marido ou no seu impedimento ou ausência – art. 1117.º e 1189.º CC 1867.

³² Melo, 2015, p. 117.

³³ Jurista e deputado durante a Monarquia Constitucional.

³⁴ Autor cit. por Melo, 2015, pp.119-121.

³⁵ Professor de direito e ex-primeiro ministro.

³⁶ Autor cit. por Melo, 2015, pp. 117-118.

entanto, por uma elite de mulheres burguesas e não correspondiam, por isso, as suas exigências às necessidades da maioria da população feminina, tendo ficado excluídas das suas reivindicações uma grande parte das mulheres. Ainda assim, as mulheres da Liga foram responsáveis pela promoção da primeira revisão legal, no que diz respeito aos direitos das mulheres.

Num documento intitulado “Representação”, entregue ao Ministro da Justiça, Afonso Costa, a 26 de outubro de 1911, reclamavam a adoção urgente de uma lei do divórcio; a revisão do CC de 1867, com ênfase nas normas de exercício do poder paternal; no reconhecimento da capacidade eleitoral ativa e passiva para as mulheres e na criminalização do exercício da prostituição, atividade que diziam rebaixar todas as mulheres³⁷. Em rigor, “queriam da república aquilo que a monarquia lhes negava, direitos civis e políticos”³⁸.

A 4 de novembro de 1910, a primeira das suas reivindicações é satisfeita, com a aprovação do divórcio³⁹, permitindo-se a dissolução do casamento. Podia ser requerido por apenas um dos cônjuges, divórcio litigioso⁴⁰, ou por ambos, por mútuo consentimento. O direito ao divórcio foi implementado como um direito indisponível, não podia ser objeto de qualquer restrição contratual antes ou depois da celebração do casamento⁴¹.

Dois meses depois, são publicadas as leis da família que vieram derrogar algumas das disposições do CC de 1867 em favor das exigências da Liga. Desde logo, denota-se a subida da idade nupcial para os 18 anos, no sexo masculino, e para os 16, no sexo feminino. Consagra-se também uma espécie de princípio geral da liberdade e da igualdade dos cônjuges⁴², que, ainda assim, perpetuou uma consagração jurídica dos papéis de género “incumbindo ao marido a obrigação de defender a pessoa e os bens da mulher e dos filhos, e à mulher o governo doméstico e uma assistência moral tendente a fortalecer e aperfeiçoar a unidade familiar”. Retirou-se da letra da lei o dever de obediência da mulher para com o marido, mas não se extinguiu a hierarquia familiar⁴³.

Posteriormente, em março de 1911, o Governo Provisório adota a legislação eleitoral para a constituição e o funcionamento da Assembleia Constituinte, onde declara eleitores

³⁷ *Ibidem*, pp. 127-130.

³⁸ *Ibidem*, p. 130.

³⁹ Decreto n.º 26, 4 de Novembro de 1910.

⁴⁰ Tanto o adultério do marido como o da mulher eram causa de divórcio litigioso.

⁴¹ Cf. art. 54.º, Decreto n.º 26, 1910.

⁴² Art. 39.º, Lei n.º 1, 25 de dezembro de 1910.

⁴³ Frutuoso, 2020, p. 117.

todos os portugueses maiores de 21 anos, compreendidos em qualquer uma das seguintes categorias: os que sabem ler e escrever e os que são chefes de família. Não reconhecendo inequivocamente o direito das mulheres ao voto, Carolina Beatriz Ângelo, aproveita-se da obscuridade da lei, consegue fazer-se recensear e votar, algo que foi logo apercebido pelo Congresso que se apressou a emendar esta ambiguidade restringindo a capacidade eleitoral aos cidadãos portugueses do sexo masculino e ficando de Beatriz Ângelo “apenas o gesto simbólico e corajoso”⁴⁴.

1.3. O Estado Novo e os Primeiros Retrocessos nos Direitos das Mulheres

O século XX iniciou-se com a perspetiva da libertação feminina, mas as guerras interromperam este caminho. Em Portugal, encerrava-se o liberalismo da 1ª República, e iniciava-se o regime ditatorial do Estado Novo, que duraria 41 anos ininterruptos.

O novo regime inicia-se com a entrada em vigor da Constituição de 1933. Esta estabelecia um princípio de igualdade formal aparente, onde se afirmava que o Estado era “uma república unitária e corporativa, baseada na igualdade dos cidadãos perante a lei”, um ideal de igualdade que envolvia a negação de qualquer privilégio com base no género, embora se ressalvassem “quanto à mulher, as diferenças resultantes da sua natureza e do bem da família”⁴⁵. O que se esperava ser um princípio fundamental da igualdade, era apenas uma igualdade *sui generis*. Explícita e inequivocamente, a lei previa a possibilidade de discriminação para com as mulheres e para tal bastava que se apelasse à sua natureza ou ao bem familiar⁴⁶.

Reforçou ainda o ideal da família, assumindo ser responsabilidade do Estado assegurar a “constituição e defesa da família, como fonte de conservação e desenvolvimento da raça”⁴⁷. Neste sentido, devia “proteger a maternidade”⁴⁸ e “tomar todas as providências no sentido de evitar a corrupção dos costumes”⁴⁹.

No direito privado, o Estado Novo derogou as leis da família, implementadas pela 1ª República, regressando ao CC de 1867, que, como vimos, era fortemente propiciador de um tratamento desigual para as mulheres. Em 1939, é aprovado o primeiro CPC

⁴⁴ Melo, 2015, pp. 139-148.

⁴⁵ Cf. art. 5.º CPRP 1933.

⁴⁶ Pimentel, 2015, p. 215.

⁴⁷ Cf. art. 11.º CPRP 1933.

⁴⁸ Cf. art. 13.º n.º 2 CPRP 1933.

⁴⁹ Cf. art. 13.º n.º 5 CPRP 1933.

português, que veio restabelecer o direito de o marido poder exigir o regresso da esposa ao domicílio conjugal⁵⁰.

1.3.1. A Lei Penal no Estado Novo

Em matéria de direito penal, manteve-se, grosso modo, o CP de 1886. Conservou-se, por isso, uma lei penal desigual, com uma moral sexual dupla⁵¹. Embora não tenha sofrido grandes alterações, o Estado Novo manteve a eliminação da discriminação entre homens e mulheres no crime de adultério, que a 1ª República tinha incluído na lei do divórcio de 1910. Em 1942, é aprovado o DL n.º 32 171, reafirmando a proibição da publicidade e da propaganda de métodos contraceptivos e abortivos⁵².

O grande foco do Estado Novo quanto à matéria penal passou pela recriminação da prostituição. Começou por, num edital de 1930, extinguir as “casas toleradas”⁵³. Em 1932, outro edital, estabelece que a venda de livretes⁵⁴ e receitas das licenças de quartos mobilados⁵⁵ deveriam reverter para um fundo administrado pela PSP. Mais tarde, em 1947, proíbe-se a exploração da indústria de quartos mobilados em várias ruas e praças, e, em 1949, a Lei n.º 2036, travaria a concessão de novas matrículas de prostitutas e a abertura de novas casas toleradas, encerrando as que estavam em funcionamento por violarem regras policiais e sanitárias. Estas medidas viriam a culminar, em 1962, na proibição da prostituição⁵⁶.

1.4. O Direito Pós-Revolução

Ainda anterior à revolução de abril de 1974, em 1966, com uma mudança de paradigma a começar a desenhar-se, é aprovado o DL n.º 47 032, sobre a igualdade de remuneração

⁵⁰ Cf. art. 1470.º CPC 1939.

⁵¹ Melo, 2017, p. 133.

⁵² A propósito da lei do aborto, Álvaro Cunhal afirma, em 1940, que esta seria “juridicamente ineficaz e socialmente condenável” e “um atentado para os direitos das mulheres”. Contrariamente ao que almejava, a lei estava longe de diminuir o número de abortos e a “repressão não faria nada mais do que agravar as suas consequências”, considerando “a clandestinação do aborto uma catástrofe”, autor cit. por Pimentel, 2015, p. 267.

⁵³ Estabelecimentos onde ocorria a exploração da prostituição.

⁵⁴ Uma espécie de documento de identificação das prostitutas.

⁵⁵ Locais onde ocorria a exploração da prostituição.

⁵⁶ Cf. DL n.º 44579 setembro 1962, art.1.º: “É proibido o exercício da prostituição a partir de 1 de Janeiro de 1963; 2. Para os efeitos do número anterior, consideram-se prostitutas as raparigas e mulheres que habitualmente se entreguem à prática de relações sexuais ilícitas com qualquer homem, delas obtendo remuneração ou qualquer outro proveito económico; 3. As prostitutas são equiparadas aos vadios, para o efeito de aplicação de medidas de segurança”.

da mão de obra feminina e masculina, estabelecendo “salário igual para trabalho de valor igual”⁵⁷.

Em 1976, entra em vigor a Constituição da República Portuguesa, que consagrava o princípio da igualdade, no art. 13.º, com particulares projeções no âmbito do direito da família, do casamento e da filiação⁵⁸. Como se pode ver, por exemplo, no art. 1671.º CC 1977, que estabeleceu pela primeira vez um princípio de “Igualdade dos cônjuges”, iniciando a eliminação de uma “pré-fixação de papéis dentro do lar”⁵⁹. Deixa ainda de atribuir-se o poder paternal apenas ao homem, sendo este agora da responsabilidade de ambos os pais, em comum acordo⁶⁰.

1.4.1. O Código Penal de 1982

Em 1979, é elaborada a CEDAW, que entraria em vigor em Portugal em setembro de 1981. Na sua sequência, é criada a CITE e inclui-se, pela primeira vez, no Código Penal, uma incriminação de maus-tratos entre cônjuges⁶¹, onde se exigia que, para além de prática dolosa, o agente tivesse atuado com malvadez ou egoísmo.

Não obstante, o CP de 1982 continuou a perpetuar um papel estigmatizador da mulher⁶². Manteve a redução da culpa nos crimes de infanticídio, abandono e aborto com base na intenção de ocultar a desonra da mulher, com uma base ideológica marcada por critérios morais e sem sustentação jurídica sólida⁶³. Manteve-se também a incriminação do aborto, sem ressalvas.

Quanto ao crime de violação⁶⁴, é importante salientar que a provocação da vítima é destacada como uma circunstância atenuante especial. Não só os estudos empíricos contradizem a existência de uma relação direta entre a provocação e os crimes de violação, como o Código Penal, na parte geral⁶⁵, previa a provocação da vítima como

⁵⁷ Pimentel, 2015, p. 362.

⁵⁸ Beleza, 1993, p. 182.

⁵⁹ Beleza, 1993, p. 184.

⁶⁰ Cf. art. 1901.º CC 1977.

⁶¹ Cf. art. 153.º/3 CP 1982.

⁶² Nota Teresa Pizarro Beleza que “os casos em que o género feminino funciona como agravante ou atenuante do crime se ligam à função reprodutora da mulher, à sua qualidade de atual ou futura mãe” e que “o mesmo se pode afirmar em relação aos tipos legais construídos com uma mulher como vítima”, em Beleza, 1993, p. 216.

⁶³ Aos homens “a aventura, a conquista, a glória de o fazerem; àquelas a continência, a submissão, a vergonha, a gravidade escondida”, Beleza, 1993, p. 218.

⁶⁴ Cf. art. 201.º CP 1982.

⁶⁵ Cf. art. 73.º/2 b) CP 1982.

atenuante. Portanto, ao consagrá-la autonomamente no crime de violação, sugere-se que tal característica seria comum a esses delitos⁶⁶.

Teresa Pizarro Beleza fala-nos de uma divisão do direito em três modelos: direito discriminador, direito neutro e direito anti-discriminador, igualitário ou igualizador⁶⁷.

Podemos concluir, assim, que até 1974, ainda que com avanços e retrocessos, tivemos um direito de modelo marcadamente discriminador, que se refletiu na exclusão das mulheres do direito de voto e capacidade eleitoral, na conceção de família sempre sob a autoridade do marido ou na restrição da capacidade jurídica das mulheres, baseada nas suas características “naturais”, que a tornam num sujeito com maior necessidade de proteção. A partir da Revolução de 1974, dá-se uma mudança de paradigma para um modelo de direito neutro, revogando-se, progressivamente, legislação claramente discriminatória⁶⁸.

Hoje, não podemos afirmar que a ausência de direitos da mulher consista no facto de esta não ter acesso à sua independência e liberdade, ao voto ou até à representação em cargos de poder, mas, sim, pela forma como a construção do seu papel durante todos estes séculos, se encontra ainda, mais do que seria desejável, nas entrelinhas do direito.

2. As Teorias Feministas do Direito

O direito pode assumir um papel relevante na luta contra a Violência de Género, desde que o pensemos, à partida, como uma ferramenta essencial para a libertação da mulher⁶⁹. Neste sentido, “a luta das mulheres é, tem de ser, uma luta que se trava dentro do campo do direito”⁷⁰.

Os contributos produzidos pelas teorias feministas do direito surgem, assim, como faróis orientadores da construção de um direito com uma verdadeira “capacidade emancipadora”⁷¹, e é, por isso, essencial que as conheçamos.

Como qualquer outra teoria do direito, a teoria feminista é uma disciplina que se dedica à análise de conceitos jurídicos, preceitos legais, jurisprudência e práticas judiciais. Dedicar-se a estudar e a analisar criticamente o direito. O que a distingue de outras teorias é o facto de o fazer partindo de um ponto de vista crítico feminista. Porém, também à

⁶⁶ Beleza, 1993, pp. 220-224.

⁶⁷ Sobre os três modelos de direito ver, Beleza, 2010, pp. 117-121.

⁶⁸ Entraremos em detalhe sobre o terceiro modelo no ponto 3 do Capítulo II.

⁶⁹ Sousa, 2015, p. 20.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 20.

⁷¹ *Ibidem*, p. 20.

semelhança de outras teorias do direito, a teoria feminista não é uma disciplina unificada. Existem várias correntes que tentam responder de forma diferente aos problemas de género e que se dividem, sobretudo, pelas posições que adotam a respeito do binómio: igualdade e diferença.

2.1. Igualdade formal

A primeira corrente da teoria feminista do direito, o feminismo liberal, surgiu nos anos 60 e 70 do séc. XX, impulsionada pelos primeiros casos intentados com base na igualdade de género nos tribunais norte-americanos, que lidavam com questões como a igualdade salarial e a discriminação sexual. A discussão gerada em torno destes processos desencadeou a discussão sobre a necessidade de uma abordagem feminista ao direito.

O feminismo liberal almeja alcançar a igualdade formal, partindo do princípio de que a desigualdade entre homens e mulheres só pode ser corrigida se estes forem tratados de forma igual. Um conceito de igualdade formal aristotélico⁷², que prescreve que se trate igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Sendo mulheres e homens iguais em valor humano, dignidade e capacidade, devem ter acesso a um estatuto igualitário, não se concebendo uma base racional para tratá-los de forma diferente. Para o feminismo liberal, o tratamento diferenciado seria a verdadeira substância da injustiça⁷³.

Esta foi a corrente feminista do direito que encontrou maior aceitação por parte da doutrina e jurisprudência. Manteve o apelo às características da generalidade, abstração, neutralidade e universalidade, limitando-se a defender a introdução da igualdade formal, que acreditavam ser o suficiente para a realização plena da igualdade.

Foi pioneira na fomentação dos primeiros grandes debates sobre a igualdade de género e a inscrever a questão nas agendas políticas e sociais. No entanto, terá encontrado as suas maiores falhas no facto de atender apenas às necessidades de um grupo de mulheres privilegiadas, que se traduziu na falta de perceção de que a uma igualdade jurídica ou legal não corresponde, necessariamente, uma igualdade de facto na realidade social⁷⁴. As suas falhas abriram caminho a novas correntes, que substituem a prossecução de uma igualdade formal para uma igualdade alcançada através do tratamento especial.

⁷² Sobre o conceito de igualdade aristotélica ver, Sousa, 2015, p. 26.

⁷³ *Ibidem*, pp. 25-28.

⁷⁴ Sottomayor, 2005, pp. 330-331.

2.2. Igualdade como diferença

Surgem assim novas correntes, que não tiveram medo de abraçar a diferença, defendendo que, apesar de esta existir, não era legitimadora de qualquer desigualdade ou discriminação⁷⁵. Cabe ao direito reconhecer estas diferenças e responder às necessidades específicas que elas comportam. Defendiam, por isso, políticas de discriminação positiva. Medidas especiais e temporárias que auxiliassem na eliminação das desigualdades inscritas na sociedade, capazes de nivelar mulheres e homens e de colocá-los no mesmo patamar, anulando as desvantagens e os preconceitos que assolam a condição feminina⁷⁶.

Percecionam o direito como produto da visão e das necessidades masculinas, uma vez que a legislação e a sua respetiva aplicação são construídas, aplicadas e interpretadas maioritariamente por homens, refletindo o ponto de vista e a experiência societária destes⁷⁷.

Assim, surge o Feminismo Cultural, uma das correntes que advogava a igualdade enquanto diferença. Particularizava o género feminino como propenso ao cuidado e a uma maior ligação emocional, com uma vocação natural para a responsabilidade e para a moral, atribuindo-lhe as características da solidariedade e do altruísmo. De certa forma, confirmavam algumas características, que acreditavam ser naturais e inerentes à condição de mulher, que já lhes eram atribuídas pelo próprio sistema patriarcal⁷⁸.

Outra corrente da igualdade enquanto diferença é a do Feminismo Radical que, discordando fundamentalmente do anterior, entendia não existirem características psicológicas inerentes à mulher e que esta visão servia apenas para reforçar a sua subordinação⁷⁹. Catherine Mackinnon⁸⁰ dirige a sua crítica ao carácter sexual permanentemente associado à mulher, destacando a violência sexual, através dos casos da pornografia e do assédio, como algumas das maiores violações do princípio da igualdade⁸¹. Esta corrente, centra-se ainda nas mulheres enquanto classe, dominada pela classe dos homens, e questiona se a lei gera, mais do que desigualdade, dominação⁸². O Feminismo Radical contribuiu para a deslocação do debate para o conteúdo concreto das

⁷⁵ Sousa, 2015, p. 33.

⁷⁶ Neste sentido, Elisabeth Wolgast, filósofa americana, defendia que “a igualdade entre os sexos surgirá somente numa sociedade que respeite e acomode as diferenças, e em que as instituições almejem a igualdade de efeitos”, autora cit. por Sousa, 2015, p. 34.

⁷⁷ Casaleiro, 2014, p. 40.

⁷⁸ Sousa, 2015, pp. 35-41.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 42.

⁸⁰ Jurista e ativista feminista.

⁸¹ Sottomayor, 2005, p. 331.

⁸² Sousa, 2015, p. 43.

normas legais, reclamando uma análise das mesmas e alertando para o facto de estas perpetuarem uma pretensão de domínio sobre as mulheres.

Como reação ao Feminismo Radical, emerge o Feminismo Crítico, ao qual apontou o facto de não considerar a existência de uma multiplicidade de formas de resposta das mulheres ao poder exercido sobre elas. Reside na ideia de que nem todas as mulheres se tornam, necessariamente, vítimas de relações de poder e que muitas poderão até beneficiar delas ou do sistema patriarcal⁸³, que percebe como uma escolha, uma vez que, muitos homens e mulheres, ao longo dos anos, optaram por não conformar as suas visões do mundo aos padrões criados por ele. Apontam a possibilidade de mudança premiando estes homens e mulheres que não sustentam os seus comportamentos numa relação de poder, elegendo-os como modelos⁸⁴.

2.3. Multiplicidade de Identidades

Por fim, o Feminismo Pós-Moderno, fortemente preconizado por Carol Smart⁸⁵, procurou ultrapassar a discussão sobre igualdade e diferença e derrubar categorias.

Argumentando que nem todas as mulheres serão esposas e mães e nem todas irão necessariamente experienciar relações de subordinação sexual, tanto o feminismo liberal, como o feminismo cultural, radical e crítico falharam na consideração da totalidade das experiências possivelmente vividas pelas mulheres⁸⁶.

O Feminismo Pós-Moderno, orienta-se, assim, pela premissa de que não podemos olhar para as mulheres como uma universalidade. Devemos ter sempre presentes fatores como raça, classe, idade ou orientação sexual, e atender à experiência de cada uma. À função de auxiliar na superação dos papéis que lhes são socialmente atribuídos, a teoria pós-modernista vem somar a competência de localizar estes subfatores e entender como estes podem ser potenciadores desses mesmos papéis.

2.4. Métodos Jurídicos Feministas e o Feminismo Português

Um dos passos do método jurídico feminista passa por reconhecer que a lei, sendo construída maioritariamente por homens, vai refletir as preocupações e necessidades

⁸³ Sottomayor, 2005, p. 336.

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 336-337.

⁸⁵ Autora da obra “Feminism and the Power of Law”.

⁸⁶ Sousa, 2015, p. 47.

destes em primeiro lugar e que a neutralidade deixa muitas vezes a mulher desprotegida⁸⁷. Tomada esta consciência, é necessário que o legislador faça o esforço ativo de se colocar na pele da mulher e retire o homem do centro da questão.

Por exemplo, se o padrão do legislador não fosse o do homem, então não precisaríamos de um regime excecional/especial para a gravidez na lei do trabalho. No entanto, como o legislador se foca no homem enquanto norma, e o homem não engravida, o estatuto da mulher grávida precisa de ser pensado à parte⁸⁸. Nas situações de Violência de Género, colocar as perguntas do ponto de vista da mulher permite que a questão primordial passe a ser a de saber se a queixosa foi agredida e não a de tentar perceber como e porque é que o agente agiu daquela forma⁸⁹.

Defende-se também a necessidade de integrar as experiências concretas na tomada de decisões judiciais. Este passo encontra mais objeções, uma vez que se pede que olhemos para lá da abstração em que assenta a metodologia tradicional do direito e que se tenha em conta contextos e experiências das mulheres. Porém, o método jurídico feminista não pede que se abandonem os princípios convencionais do direito, mantém que se identifiquem as características do caso, determinem os princípios legais e se aplique o direito aos factos, recorrendo à indução, dedução, analogia e aos princípios gerais. No entanto, defende que, a tudo isto, se juntem instrumentos que permitam analisar factos concretos, diretamente ligados às experiências de vida das mulheres e que estes passos simplesmente não são capazes de identificar⁹⁰. Aliás, o TEDH recomendou já aos tribunais nacionais o recurso a dados estatísticos demonstrativos de discriminação na resolução de litígios.

Como se pode concluir, o debate, quanto às diferentes abordagens, tem sido tudo menos escasso. Ainda assim, em Portugal, parece não estar instituído um debate tão aprofundado e massivo como se verifica noutros pontos do mundo. Portugal tem sido descrito como um país com uma investigação feminista cordial e o movimento feminista, por cá, nunca foi declaradamente subversivo⁹¹.

Neste sentido, reforçamos a ideia defendida por Teresa Pizarro Beleza e Maria Clara Sottomayor: é necessário abrir as Faculdades de Direito ao ensino do direito das mulheres,

⁸⁷ Sottomayor, 2005, p. 339.

⁸⁸ Sousa, 2015, p. 21.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 68.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 61.

⁹¹ Pereira & Santos, 2014, p.12.

de forma a fomentar o desenvolvimento de perspetivas e literatura adequadas às necessidades internas⁹².

São de notar, ainda assim, as evoluções alcançadas para a lei portuguesa através da expansão dos movimentos feministas, como a institucionalização da Comissão da Condição Feminina⁹³ e da atual Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, a Lei da Igualdade no Trabalho e no Emprego⁹⁴, a despenalização do aborto⁹⁵ ou a autonomização do tipo legal de crime de Violência Doméstica⁹⁶.

Capítulo II

Agora que já evidenciamos a forma como o direito, influenciado pelos preconceitos sociais, contribui para a disseminação de preconceitos de género e da existência de várias abordagens para resolver o problema, é importante perceber como pode este atuar na desconstrução desse paradigma. Para isso, vamos analisar três questões-chave do direito penal: Feminicídio, Violência Obstétrica e Igualdade.

1. O Feminicídio

Em Julho de 2022, o Comité CEDAW, emitiu um parecer ao Estado Português, onde, entre vários alertas, destacou a sua preocupação com o facto de o Feminicídio não estar ainda previsto na lei penal⁹⁷.

O Feminicídio tem sido definido, quer na doutrina, quer pelas instituições e organizações internacionais, como o homicídio de mulheres pela condição de o serem⁹⁸. A Violência de Género manifesta-se de formas variadas, em diferentes contextos socioculturais e políticos, culminando a sua expressão mais severa e gravosa na morte das vítimas⁹⁹. Por outras palavras, o Feminicídio traduz-se na mais brutal e extrema forma de Violência de Género.

⁹² Beleza, 2002, p. 77 e Sottomayor, 2005, p. 253.

⁹³ DL n.º 485/77, 17 novembro.

⁹⁴ DL n.º 392/79, 20 setembro.

⁹⁵ DL n.º 16/2007, 17 abril.

⁹⁶ DL n.º 59/2007, 4 setembro.

⁹⁷ CEDAW/C/PRT/CO/10, 12 julho 2022, pontos 22 e 23.

⁹⁸ Esta será a definição que teremos em mente no nosso estudo, uma vez que não existe ainda um conceito no ordenamento jurídico português.

⁹⁹ Neves, 2016, p. 9.

O elevado número de mulheres assassinadas por todo o mundo não é um mero reflexo de um fenómeno de violência generalizada. Pelo contrário, trata-se do culminar de séculos de dominação e opressão dos direitos das mulheres¹⁰⁰. Assim, um dos maiores desafios, no âmbito do Feminicídio, é o de identificar as situações em que uma mulher é morta pela condição de ser mulher, uma vez que “todos os Feminicídios são assassinatos de mulheres, porém, nem todos os assassinatos de mulheres são Feminicídios”¹⁰¹.

Veja-se, a título de exemplo, a lei penal brasileira, que, em março de 2015, introduz a criminalização do Feminicídio através da Lei n.º 13.104/2015. Define-o como o homicídio “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino”, razões que considera existir quando o crime envolva violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

O Feminicídio não se materializa, por isso, num tipo único de conduta. Envolve o assassinato de mulheres como resultado de diversas formas de violência, seja ela entre parceiros; por razões de honra; em situações de conflito armado; por motivos de orientação sexual e/ou identidade de género; crime organizado; tráfico de pessoas; prostituição, etc.¹⁰².

1.1. A correlação com a Violência Doméstica

Não obstante a pluralidade de condutas já referida, tem sido consensual, e comprovado estatisticamente¹⁰³, o entendimento de que o tipo mais comum de Feminicídio ocorre no âmbito das relações de intimidade¹⁰⁴. Num relatório de 2019, a ONU afirma que seis em cada dez mulheres assassinadas são vítimas de um parceiro ou de um membro familiar. Esta estatística reflete-se também nos dados internos nacionais. Veja-se, para este efeito, o RASI de 2022 onde se constata o facto de a Violência Doméstica contra cônjuge ou análogo ser a tipologia criminal mais participada, com uma subida de 15,8% em relação a 2021, constituindo 86% de todos os casos de Violência Doméstica¹⁰⁵. Já os dados de

¹⁰⁰ Sousa, 2016, p. 16. A este respeito, a autora acrescenta que quando uma sociedade enfrenta quotidianamente o assassinato de mulheres, não faz sentido perguntar apenas porque é que um indivíduo mata outro, mas sim, porque é que os membros de um grupo matam os membros do outro.

¹⁰¹ Bandeira & Magalhães, 2019, p. 35.

¹⁰² Neves, 2016, pp. 9-10.

¹⁰³ Veja-se para este efeito Inglesias, Dias, Pontedeira, Magalhães, & Coimbra, 2021.

¹⁰⁴ Já uma das formas mais subtis de Feminicídio é a da forte preferência por filhos masculinos, com o exemplo paradigmático da China onde se estima um déficit de 40 milhões de mulheres na população, Vicente, 2000, p. 60.

¹⁰⁵ RASI, 2022, p. 49.

2021 apontavam para que 63.7% das queixas fossem contra cônjuge e que 74.9% das vítimas fossem mulheres¹⁰⁶.

Mais, o fator de risco primordial para um Feminicídio é, precisamente, a existência de uma relação de intimidade prévia entre a vítima e o agressor, sendo que a separação ou a tentativa de separação é, muitas vezes, o “gatilho necessário para a sua ocorrência”¹⁰⁷. O 4^a Relatório trimestral sobre Violência Doméstica em 2022 registra 28 vítimas de homicídio, sendo 24 delas mulheres. A isto somam-se ainda os indicadores do RASI que apontam para que 17% dos casos de Homicídio Voluntário Consumado tenham acontecido no âmbito de uma relação conjugal ou análoga¹⁰⁸.

Ora, a violência no âmbito de relações de intimidade transporta-nos diretamente para a Violência Doméstica, que, como sabemos, é crime nos termos do art. 152.º do CP¹⁰⁹. A Violência Doméstica é um fenómeno complexo e, como denota Teresa Pizarro Beleza, só pode ser inteiramente compreendida “se tivermos em consideração a situação fáctica de desigualdade e subordinação das mulheres, com as implicações que isso tem nas suas vidas”¹¹⁰. Embora não tutele apenas mulheres, a Violência Doméstica atinge-as, de forma desproporcional, enquadrando-se, por isso, na Violência de Género. Em média a cada dez pessoas vítimas de Violência Doméstica, oito são mulheres.

É precisamente com este olhar que nos propomos a analisar alguns mecanismos processuais, como a suspensão provisória do processo, a determinação de medidas de coação ou a pena suspensa, que devem, no nosso entender, ser aprimorados, de modo a caminharmos para uma cultura de tolerância zero face à violência, aperfeiçoarmos a proteção conferida às vítimas e inibirmos comportamentos agressivos¹¹¹.

A) A suspensão provisória do processo

A Lei n.º 7/2000, de 27 de maio, não só reintroduziu a natureza pública do crime de Violência Doméstica (à data ainda com a epígrafe de maus-tratos), como abriu portas à possibilidade de o respetivo procedimento criminal poder ser suspenso através do mecanismo da suspensão provisória.

¹⁰⁶ RASI, 2021.

¹⁰⁷ Teixeira, 2020, p. 10.

¹⁰⁸ RASI, 2022, p. 43.

¹⁰⁹ Um crime específico impróprio, cuja ilicitude (exclusivamente dolosa) é agravada em virtude da relação entre agente e vítima, Albuquerque, 2015.

¹¹⁰ Beleza, 2022, p. 64.

¹¹¹ Neves, 2016, p. 11.

A suspensão provisória, que já existia no CPP, é prevista como uma alternativa ao despacho de acusação, através da imposição de injunções e regras de conduta ao arguido¹¹². Hoje, exige-se, para a sua aplicação em regime geral, o cumprimento cumulativo de seis requisitos¹¹³. No entanto, para o caso de processo por crime de Violência Doméstica não agravado prevê-se um regime distinto, menos exigente, sendo apenas três os requisitos constantes da lei: requerimento livre e esclarecido da vítima, ausência de condenação anterior, por crime da mesma natureza, e ausência de aplicação anterior da suspensão provisória do processo¹¹⁴.

A introdução da suspensão para os crimes de Violência Doméstica não foi isenta de controvérsia. Se, por um lado, muitos defendem a sua pertinência, apelando à aplicação em casos onde haja juízo de prognose positivo quanto à não reiteração do facto ou ausência de gravidade dos factos praticados, outros mostram-se completamente contra, por entenderem que surge ligada à mediação penal e não julgarem existir, na Violência Doméstica, qualquer possibilidade negocial¹¹⁵.

Outras posições, diríamos, mais moderadas, reconhecem a sua potencial utilidade, mas apenas sob determinadas condições, acionada de forma criteriosa e seletiva. A crítica que dirigimos a este instituto vai de encontro ao que é defendido por estas últimas, e que passa pela maior facilidade¹¹⁶ de aplicação de suspensão nos casos de Violência Doméstica do que no regime geral. Não compreendemos, particularmente, a não aplicação das exigências gerais das alíneas e), ausência de grau elevado de culpa, e f), previsão de que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que se façam sentir no caso.

A redução dos pressupostos terá sido, no nosso entender, excessiva. Não se compreende como é que o legislador opta por tornar o crime público para, depois, ainda que se trate de um caso de culpa grave do arguido, se devolver à vítima o ónus de decidir do destino do processo, e mais, que não caiba às entidades judiciais a necessidade de averiguar se as medidas de injunção se mostrarão suficientes para protegerem a vítima, e prevenir que o caso culmine eventualmente num Feminicídio.

¹¹² Estas não têm natureza de sanção penal, são apenas medidas que visam “alertar o arguido para a validade da ordem jurídica e despertar nele o sentimento de fidelidade ao direito”. Por não pressuporem uma presunção de culpa, devem ser pensadas para fins de prevenção. Antunes, 2021, p. 109.

¹¹³ Cf. art. 281.º n.º1 do CPP.

¹¹⁴ *Ibidem*, n.º8.

¹¹⁵ Veja-se, a este respeito, os testemunhos prestados por magistrados em Gomes, Fernando, Ribeiro, Oliveira, & Duarte, 2016, pp. 122-123.

¹¹⁶ Apontada em Beleza, 2021, p. 15.

Também a exigência da averiguação da vontade livre e esclarecida da vítima que cabe ao MP é uma tarefa complexa. Não basta que a mulher verbalize o seu interesse pela suspensão provisória do processo. Para que a sua vontade seja verdadeiramente livre, esta não pode estar sob coação ou ameaça do agressor. Ora, muitas vezes, por razões psicológicas, financeiras ou até afetivas, as mulheres não denunciam o crime ou, tendo-o feito, acabam por querer recuar no processo porque são dissuadidas e/ou ameaçadas¹¹⁷. Pelo que salientamos a importância, cada vez mais assente, de formação específica dos magistrados para avaliarem estas situações e as linhas ténues que as caracterizam.

B) Medidas de coação

Cabe ao arguido o dever de se sujeitar a medidas de coação¹¹⁸, cuja aplicação se traduz numa restrição da liberdade, “tida como necessária para salvaguardar interesses constitucionalmente protegidos, nomeadamente a realização da justiça e descoberta da verdade material e o restabelecimento da paz jurídica”¹¹⁹.

O TIR¹²⁰ é a única medida de coação aplicada em 80% dos casos de Violência Doméstica, uma medida que não confere qualquer proteção às vítimas. Em apenas 12,8% dos casos se aplicam medidas de proibição de contacto e só em 7,1% a prisão preventiva¹²¹.

Não pretendemos, nem podemos, apelar a que, através das medidas de coação, se extravasem as exigências processuais de natureza cautelar e se proceda a uma antecipação da punição. Não obstante, é necessária uma consciencialização para o facto de, na criminalidade associada à Violência Doméstica, existir uma grande propensão do arguido continuar a atividade criminosa. Por isso, é necessário, com o respeito que o princípio da proporcionalidade¹²² nos exige, a aplicação de medidas de coação adequadas como a proibição e imposição de condutas¹²³, que podem passar, por exemplo, pelo dever de afastamento da vítima.

Aliás, a Lei n.º 61/91, de 13 de agosto, prevê que, sempre que não seja imposta prisão preventiva, deva ser aplicada medida de coação de afastamento da residência quando a vítima e o agressor ainda partilhem habitação. Também a Lei n.º 112/2009, de 16 de

¹¹⁷ Beleza, 2021, p. 16.

¹¹⁸ Cf. art. 61.º, n.º6, d) do CPP.

¹¹⁹ Antunes, 2021, p. 155.

¹²⁰ Cf. art. 196.º do CPP.

¹²¹ Dados disponíveis em Gomes, Fernando, Ribeiro, Oliveira, & Duarte, 2016, pp. 197-202.

¹²² Sobre o princípio da proporcionalidade nas medidas de coação, ver Antunes, 2021, pp. 159-160.

¹²³ Cf. art. 200.º CPP.

setembro, criou um regime especial de aplicação de medidas de coação aos casos em que haja indícios de prática de um crime de Violência Doméstica, na sequência da qual se iniciou um programa que permite que os arguidos sejam vigiados eletronicamente.

Podemos concluir, assim, que o problema não reside, exclusivamente, na insuficiência de mecanismos legais para tutela e prevenção da vítima, mas na aplicação insuficiente e incorreta dos mesmos pelos órgãos judiciais, mantendo as mulheres em situação de vulnerabilidade, já que “qualquer mulher sujeita a um companheiro agressivo e violento está numa situação de vulnerabilidade permanente”¹²⁴.

C) A pena suspensa e o arquivamento

A pena mais aplicada aos casos de Violência Doméstica continua a ser a pena de prisão suspensa simples¹²⁵, que, por não implicar um dever de sujeição ou regra de conduta por parte do arguido, conduz à manutenção da impunidade e falha as exigências de prevenção geral.

Acresce ainda que, em 2022, em cerca de 35.626 inquéritos, abertos no âmbito de processos de Violência Doméstica, cerca de 64%, ou seja, 22.113 terminaram em arquivamento. Estes são maioritariamente justificados pela ausência de indícios da prática do crime ou pela qualificação dos factos em outros tipos legais, motivos que, embora possam gerar alguma preocupação, vão ao encontro do previsto na lei. No entanto, contrariamente ao que a lei exige, encontram-se ainda arquivamentos com base numa suposta exigência de reiteração¹²⁶.

Em Portugal, o n.º de condenações por Violência Doméstica é residual face ao número de participações, estimando-se que a cada 15 ocorrências corresponda uma condenação¹²⁷. Em 2021, foram apresentados 26 520 processos de Violência Doméstica aos quais corresponderam apenas 1749 condenações. Em 2022, embora se denote uma ligeira subida, as acusações continuam a constituir apenas 14% dos processos¹²⁸.

Ora, o TEDH tem vindo a reconhecer a responsabilidade estadual por falhas no cumprimento das obrigações de defesa das mulheres contra a violência de que são vítimas¹²⁹. Exulta, assim, a que se proceda a uma avaliação completa dos riscos

¹²⁴ Beleza, 2022, p. 65.

¹²⁵ Gomes, Fernando, Ribeiro, Oliveira, & Duarte, 2016, p. 285.

¹²⁶ *Ibidem*, 156-161.

¹²⁷ CIG, 2022, p. 18.

¹²⁸ RASI, 2022.

¹²⁹ Veja-se, a título de exemplo, os casos Valiueliene c. Lituânia; Kurt c. Áustria; Volodina c. Rússia.

potencialmente letais a que as vítimas de Violência Doméstica estão particularmente sujeitas e salienta que o conceito de iminência assume determinadas particularidades, precisamente por existir uma «trajetória de escalada comum», como de resto vimos já anteriormente nos índices do Feminicídio.

Cabe ainda uma menção à forma incompreensível como os casos de Violência Doméstica têm sido retratados pelos media e pela jurisprudência.

1.2. Narrativas mediáticas e jurisprudenciais

As narrativas mediáticas parecem estar, hoje, marcadas por um discurso de culpabilização das vítimas e de desresponsabilização dos agressores, sendo pouco referido o carácter chauvinista e violento que caracteriza estes crimes¹³⁰. Ao enfatizar a suposta natureza passional do crime e tentar justificar o comportamento do agressor com base em "ciúmes doentios"¹³¹, ou ao construir narrativas que vitimizam o agressor que se mostra arrependido e "chora em tribunal"¹³², as vítimas tendem a desaparecer da narrativa e perde-se de vista o determinante crucial da violência de género, perpetuando-se preconceitos sobre vítimas e agressores.

Também a jurisprudência tem pecado, em determinados casos, por exigir a existência de um dolo específico, descrito como malvadez, ou a verificação de reiteração ou intensidade dos factos praticados, para o qual não se encontra justificação, uma vez que a revisão de 2007 previu expressamente que a reiteração pode não existir¹³³. Mas também por perpetrar estereótipos de género prejudiciais¹³⁴, através da justificação de crimes de Violência Doméstica pela recusa da vítima em manter relações sexuais com o agressor e por reagir contra as agressões¹³⁵, pelo facto de a mulher ser adúltera, e sendo a sua conduta um atentado à honra do marido, se justificarem as agressões¹³⁶ ou na desculpabilização de agressões sexuais com base na sedução da vítima aos agressores e na necessidade destes de darem vazão aos seus instintos sexuais¹³⁷.

¹³⁰ A este respeito ver, Sofia Neves & Martins, 2016, que fazem um estudo apurado sobre o modo como a comunicação social trata estes crimes.

¹³¹ <https://www.jn.pt/justica/ciumes-doentios-homem-matou-mulher-com-tres-tiros-em-ponte-de-lima-14821060.html>.

¹³² <https://www.jn.pt/justica/leandro-confessa-que-matou-ex-companheira-por-ciumes-e-chora-em-tribunal-15498612.html>.

¹³³ Duarte, 2012, pp. 65-68.

¹³⁴ Sobre estereótipos de género na prática jurídica, ver Brito, 2020.

¹³⁵ Acórdão TR de Évora, proc. n.º 59/15.6GAVVC.E1.

¹³⁶ Acórdão TR do Porto, proc. n.º 355/15.2GAFLG.P1.

¹³⁷ Acórdão TR do Porto, proc. n.º 3897/16.9JAPRT.P1.

É de concluir, por isso, que o sistema de justiça português enfrenta vários desafios que afetam a sua eficácia e eficiência na tutela das vítimas dos crimes de Violência Doméstica. É necessário um forte investimento na prevenção, nomeadamente através da aplicação de medidas de coação que correspondam às necessidades específicas destas vítimas. Mas é também imprescindível que se combata o excesso de penas suspensas e de arquivamentos e se repense a integração das exigências previstas nas alíneas e) e f) aos casos de suspensão provisória do processo. Estes mecanismos devem ser aprimorados de modo que possam ser usados de forma justa e adequada a combater a Violência de Género e a proteger as mulheres.

Também as fundamentações jurisprudenciais baseadas em estereótipos de género devem ser ultrapassadas, já que são suscetíveis de prejudicar a confiança no sistema. É importante que sejam implementadas políticas e práticas que permitam maior transparência e responsabilidade no processo de justiça criminal, bem como melhor formação e capacitação dos profissionais envolvidos, para que não se caia num fosso entre as leis e a capacidade de as aplicar.

2. A Violência Obstétrica

As desigualdades sociais têm impacto em diversos campos da vida, incluindo a saúde, e, sendo o género um determinante social, este é relevante para os indicadores de saúde. Por isso, a OMS destaca a relevância do desenvolvimento de políticas de saúde sensíveis ao género¹³⁸.

O direito das mulheres a uma prestação de cuidados de saúde livre de violência e coerção está consagrado em vários diplomas legais, nacionais e internacionais, veja-se, a título de exemplo, o artigo 12.º, n.º1 e a Recomendação n.º 24 do CEDAW ou o artigo 15.º-A da Lei n.º 110/2019 de 9 de setembro¹³⁹. Ainda assim, e como passaremos a demonstrar, os dados a que temos acesso, bem como os relatos de mulheres, mostram que estes preceitos nem sempre se refletem eficazmente a nível prático e não são suficientes para garantirem às mulheres o acesso a cuidados de saúde livres de discriminação.

Propomo-nos, assim, a analisar a violência e o estigma a que as mulheres são sujeitas na prestação de cuidados de saúde no âmbito da obstetrícia e de que forma estas práticas

¹³⁸ A respeito da forma como os preconceitos de género se repercutem no acesso à saúde, ver Pais, 2015, p. 238.

¹³⁹ Almeida, Simões, & Soromenho, 2022, p. 259.

se refletem em violações do direito penal, tentando responder à questão que muito se tem levantado: existe uma necessidade de autonomização do crime de Violência Obstétrica ou dará já o direito penal uma resposta adequada e suficiente ao combate deste fenómeno?

2.1. O conceito de Violência Obstétrica

A Violência Obstétrica não é um fenómeno recente. Se voltarmos ao capítulo I percebemos que a mulher foi, até muito recentemente, explicitamente privada de certas liberdades, com base em fatores discriminatórios, que radicavam, em grande parte, na sua propensão natural e primordial para a maternidade. No entanto, nos últimos anos, muitas mulheres têm partilhado as suas experiências e denunciado violações de direitos humanos nas maternidades, testemunhos que começam a ser tomados em consideração pela sociedade, através da sua divulgação nos media e nas agendas políticas¹⁴⁰.

Atualmente, um dos maiores desafios que se coloca, é o da apresentação de um conceito consensual de Violência Obstétrica. Não sendo um tipo de violência homogêneo, e podendo manifestar-se através de atos de violência física, verbal, psicológica, sexual, institucional ou da violação de direitos especiais e universais, tem sido desafiante encontrar um conceito que não deixe de fora nenhuma mulher violentada no acesso a cuidados obstétricos.

Não sendo ainda expressamente reconhecida pelo direito português, não podemos também avançar com um conceito legal próprio do nosso ordenamento jurídico¹⁴¹. No entanto, podemos visitar os conceitos adotados por países como a Venezuela e a Argentina, pioneiros na criminalização. A Venezuela foi o primeiro país com uma iniciativa legislativa no âmbito da Violência Obstétrica, em 2007, regulada na “Ley orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia”, define Violência Obstétrica como a apropriação do corpo e processos reprodutivos das mulheres pelos profissionais de saúde, que se expressa num tratamento desumanizado, abuso de medicalização, levando à perda de autonomia e capacidade decisória sobre os seus corpos e sexualidade, com impacto negativo na qualidade de vida das mulheres¹⁴². Também a Argentina, na Ley n.º 26.485¹⁴³, de 2009, art. 6.º e), define Violência Obstétrica como

¹⁴⁰ Isto reflete-se, por exemplo, nos programas eleitorais. Nas eleições legislativas de 2022, três partidos incluíram nos seus programas a necessidade de combate à Violência Obstétrica: PAN, Livre e BE.

¹⁴¹ Embora existam documentos nacionais que utilizem o termo, como a Resolução da AR n.º 181/2021 que “recomenda ao Governo a eliminação de práticas de violência obstétrica e a realização de um estudo sobre as mesmas”.

¹⁴² Tradução da lei venezuelana em Almeida, Simões, & Soromenho, 2022, pp. 259-260.

¹⁴³ Lei de Proteção Integral para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra as Mulheres.

aquela que exerce o profissional de saúde sobre o corpo e os processos reprodutivos das mulheres, expressa num tratamento desumanizado, um abuso de medicação e patologização dos processos naturais.

Em Portugal, a APDGP¹⁴⁴ define-a como a violência institucional exercida sobre as mulheres no contexto da assistência à gravidez, parto e pós-parto. Inclui recusa de tratamento, negligência em relação às necessidades e à dor da mulher, humilhações verbais, violência física, práticas invasivas, uso desnecessário de medicação, intervenções médicas forçadas e não consentidas, desumanização ou tratamento rude.

2.2. A Episiotomia

2.2.1. Como manifesto da violação do direito ao consentimento e do dever de esclarecimento

A episiotomia consiste no corte cirúrgico feito no períneo, a região entre a vagina e o ânus, realizado com o objetivo de alargar a abertura vaginal, facilitando a saída do bebé. Pode apresentar perigos significativos para a mulher, por afetar músculos, vasos sanguíneos e tendões, com consequências a curto e a longo prazo¹⁴⁵, tais como desconforto perineal, dificuldade em executar atividades do dia a dia, deformações estéticas ou consequências na sua vida sexual¹⁴⁶.

A OMS tem desaconselhado o seu uso rotineiro¹⁴⁷, referindo-a como um dos procedimentos não recomendados, por afirmar não existirem evidências que o corroborem.

Num estudo realizado pela APDMGP, relativo ao período de 2012-2015¹⁴⁸, a episiotomia foi um dos procedimentos mais comuns no parto, com uma taxa de utilização de 72,7%, na amostra das mulheres inquiridas, sendo que quase 30% afirma não ter dado o seu consentimento. No mesmo sentido, a revista médica “The Lancet Regional Health – Europe”, concluiu que a prática de episiotomia em Portugal é substancialmente superior

¹⁴⁴ Associação que tem como fim a defesa dos direitos das mulheres durante a gravidez e o parto através da promoção do respeito pelos direitos humanos, <https://associacaogravidezparto.pt/>

¹⁴⁵ Sobre as consequências da episiotomia, ver Borges, Serrano, & Pereira, 2003.

¹⁴⁶ OMS, 2018, p. 153.

¹⁴⁷ Recomendação n.º 39 em OMS, 2018. Em 1996, tinha já enquadrado a episiotomia como um procedimento invasivo e prática que, podendo ser benéfica, é utilizada de modo desadequado e abusivo, em OMS, 1996.

¹⁴⁸ APDMGP, 2015.

à média europeia¹⁴⁹. Também o OPSS concluiu observar-se uma variação na frequência de episiotomia de 3,7% na Dinamarca a 73% em Portugal¹⁵⁰.

A OMS ressalva, ainda, que, a ser realizada a episiotomia, é essencial que se obtenha o consentimento da mulher, que, não raras as vezes, não é obtido e que, de modo geral, parecem ser mal informadas sobre o procedimento e as razões pelas quais ele é necessário¹⁵¹.

Assim, por se considerar uma intervenção não recomendada para uso rotineiro e para cujo uso, quando adequado, é essencial o consentimento¹⁵², entendemos que esta se pode enquadrar no conceito de “intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias”¹⁵³, que surge, precisamente para incriminar tratamentos arbitrários como uma manifestação da ilicitude penal¹⁵⁴.

Somos da opinião de que esta terá uma dimensão dupla, semelhante à descrita por Manuel da Costa Andrade quanto às intervenções arbitrárias. A dimensão negativa, no sentido de que, quando levada a cabo contra a vontade da grávida, deve ser entendida enquanto intervenção arbitrária e, por isso, incriminável¹⁵⁵. E a positiva, porque, embora não seja uma prática recomendada de uso rotineiro, em determinados casos pode, de facto, revelar-se necessária, e aí, desde que realizada com o consentimento da mulher, deve ficar impune, respeitando-se a vontade da paciente¹⁵⁶.

Tal consentimento só será eficaz se cumprir determinados requisitos, nomeadamente os do art. 157.º CP, quanto ao dever de esclarecimento, uma vez que este se assume como um “pressuposto co-natural do consentimento”¹⁵⁷. A grávida deve, por isso, ser esclarecida sobre a espécie, dimensões e necessidade do tratamento, o que implica a informação sobre a existência de procedimentos alternativos¹⁵⁸.

¹⁴⁹ A média europeia ronda os 20% e em Portugal o valor é de 40,7%. A Suécia e a França apresentam taxas de 6% e 10,9%, respetivamente, IMAGiNE, 2022.

¹⁵⁰ OPSS, 2018.

¹⁵¹ OMS, 2018, pp. 150-154.

¹⁵² Mecanismo de preservação da autorrealização da mulher grávida, da sua autonomia pessoal e da sua vontade, Dias, 2019, p. 554.

¹⁵³ Cf. art. 156.º CP.

¹⁵⁴ Andrade, 2012, p. 597.

¹⁵⁵ *Ibidem*. p. 600.

¹⁵⁶ O consentimento configura aqui um acordo excludente da tipicidade e retira a qualificação de arbitrário ao procedimento, Andrade, 2012, p. 600 e 607.

¹⁵⁷ Andrade, 2012, p. 632.

¹⁵⁸ Esta visão não é ausente de oposição. Veja-se, por exemplo, o Acórdão do STA no processo n.º 093/12 onde se afirma que “decorrendo do juízo de necessidade que o profissional que assiste ao parto faça, não é exigível que a sua realização dependa de consentimento da parturiente”.

Se, por exemplo, for induzida em erro sobre a necessidade de realização, o consentimento será ineficaz¹⁵⁹. O mesmo será de aplicar caso haja coação ou qualquer vício da vontade.

O direito e o dever de intervenção do profissional de saúde encontram a sua fronteira no direito da pessoa à autodeterminação livre sobre o seu corpo¹⁶⁰ e não concebemos nenhuma razão para que tal não se aplique à mulher grávida.

Há uma correspondência com o bem jurídico tutelado pelo art. 156.º, um atentado contra a liberdade enquanto direito geral de personalidade, contra o direito à autodeterminação da pessoa sobre o seu corpo, representando uma invasão da integridade física¹⁶¹, e sobre a sua liberdade geral de ação¹⁶². No entanto, não se esgota por aqui.

2.2.2. Como forma de violência sexual

A episiotomia surge, também, como uma violação dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher¹⁶³, uma vez que pode afetar a sua capacidade de disfrutar de uma vida sexual e de procriação.

Em 2021, o PE aprovou uma Resolução¹⁶⁴ sobre os direitos sexuais e reprodutivos, onde salienta que as grávidas sofrem várias intervenções forçadas e coercivas durante o parto¹⁶⁵, que podem ser consideradas como violência, e tratamentos cruéis e desumanos. Nesse sentido, incita os Estados-Membros a combaterem a violência ginecológica e obstétrica¹⁶⁶ e a condenarem veementemente a mesma.

Enquanto violação dos direitos sexuais e reprodutivos, a episiotomia não consentida pode também entrar na tipificação do art. 144.º CP, uma vez que pode resultar na afetação da sua capacidade de fruição sexual¹⁶⁷. Este preceito comporta um requisito de importância do órgão ou membro afetado, requisito este que a doutrina tem entendido ser

¹⁵⁹ Andrade, 2012, p. 607.

¹⁶⁰ *Ibidem.* p. 609.

¹⁶¹ Há uma relação de concurso aparente entre este e o crime de ofensas corporais, Albuquerque, 2015, p. 616.

¹⁶² Andrade, 2012, pp. 509-602.

¹⁶³ Que decorrem dos direitos à identidade pessoal, desenvolvimento da personalidade, reserva da vida privada e familiar, art. 26.º CRP, e do direito à saúde e à família, 64.º e 67.º CRP.

¹⁶⁴ Resolução do PE, 24 de junho de 2021 (2020/2215(INI)).

¹⁶⁵ Onde inclui maus-tratos físicos e verbais, a sutura de lesões do parto sem anestesia e a desconsideração das suas decisões, bem como falta de respeito pelo seu consentimento informado.

¹⁶⁶ Através do reforço de procedimentos que garantam o respeito do consentimento informado prévio e livre e da proteção contra tratamentos desumanos e degradantes no contexto dos cuidados de saúde, forma específica de violência baseada no género.

¹⁶⁷ Para efeito ver, Albuquerque, 2015, p. 560.

um conceito relativo¹⁶⁸, o que pode comportar dificuldades de aplicação prática nos tribunais. Um dos preconceitos mais frequentemente associados à sexualidade feminina é de que esta é menos fundamental à saúde do que a sexualidade masculina e de que visa, sobretudo, a procriação, pelo que, se a mulher já tem filhos, a perda na diminuição desta atividade não lhe causa uma lesão grave¹⁶⁹.

A este respeito, reiteramos que a dignidade fundamental das mulheres, enquanto seres humanos, supõe que não sejam consideradas meramente como procriadoras, mas como indivíduos com direito a dirigirem a sua própria vida¹⁷⁰. Por isso, não deixamos de enfatizar que qualquer intervenção médica com consequências irreversíveis para a sua saúde sexual deve ser realizada com a informação sobre os aspetos essenciais, dada por um profissional de saúde, para que exista um consentimento livre e esclarecido¹⁷¹.

O mesmo se aplica a todas as outras condutas que atentem contra os direitos sexuais das mulheres e violem a sua intimidade/integridade física sexual e/ou reprodutiva¹⁷².

2.3. Outras técnicas problemáticas e o seu reflexo jurídico-penal

Uma outra prática comum é a administração de ocitocina sintética¹⁷³, comumente administrada para induzir ou acelerar o trabalho de parto, e que também não é livre de controvérsia, por ter efeitos adversos associados, devendo apenas ser utilizada quando se mostre necessário por razões médicas, e não por conveniência.

A este respeito, parece-nos relevante uma nota relativamente a um parecer do Comité CEDAW¹⁷⁴, que recomendou ao Estado Espanhol o ressarcimento de danos e indemnização a uma mulher, por considerar que esta teria sido vítima de violência física durante o trabalho de parto e o parto. Na base da decisão estava o facto de a cidadã espanhola ter sido submetida a diversas intervenções, sem o seu consentimento informado, entre elas a administração de ocitocina como acelerador de parto. O Comité considerou estar perante uma violação da autorrealização e do direito a aceder a serviços de saúde adequados.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 559.

¹⁶⁹ Leitão, 2022, p. 210.

¹⁷⁰ Marques, 2022, p. 216.

¹⁷¹ Almeida, Simões, & Soromenho, 2022.

¹⁷² Como sucessivos exames de toque invasivos e/ou agressivos, o descolamento de membranas sem consentimento informado, exames repetitivos dos mamilos sem esclarecimento e/ou consentimento. Sobre a violência sexual, ver Simões, 2018, p. 15, e Negrão, 2021, p. 30.

¹⁷³ A sua administração aumenta as dores associadas às contrações de parto.

¹⁷⁴ <https://www.ohchr.org/es/press-releases/2022/07/spain-responsible-obstetric-violence-un-womens-rights-committee-finds>.

Em Portugal, a ocitocina sintética foi administrada em 57,6% dos partos no período de 2012-2015¹⁷⁵ e calcula-se que, em muitos destes casos, tenha falhado o devido consentimento, o que nos coloca, indo ao encontro do que entendeu o Comité CEDAW, perante uma forma de violência física, prevista pelo art. 143.º ou pelo 148.º do CP, conforme a conduta do profissional de saúde tenha sido dolosa ou negligente¹⁷⁶.

No entanto, se não resultar nenhum dano direto do ato violento, para a integridade física da parturiente, o mesmo não encontra tutela enquanto conduta ilícita no CP¹⁷⁷. Este problema coloca-se relativamente a todas as práticas capazes de integrar a violência física¹⁷⁸: o jejum forçado, o isolamento, a restrição à liberdade de movimentos imposta à parturiente, realização da manobra de Kristeller¹⁷⁹, tricotomia¹⁸⁰, negação dolosa ou negligente do alívio à dor da parturiente, entre outras¹⁸¹.

2.4. O abandono e a ameaça como formas de violência psicológica e verbal

A violência psicológica e verbal¹⁸² é, na maioria das vezes, uma forma de violência mais subtil, com especiais dificuldades em matéria probatória. São ações ou omissões que causam danos emocionais e/ou psicológicos à parturiente e que podem incluir negligência, tratamento indiferente ou mesmo abandono da paciente durante o processo de parto¹⁸³.

Tomamos como exemplo o Acórdão do STJ relativamente ao processo n.º 34/11.0TAAGH.L1.S1. No caso em apreço, a médica obstetra, face a um parto que apresentava algumas dificuldades na extração do feto, interrompeu o trabalho de parto e

¹⁷⁵ APDMGP, 2015, p. 25.

¹⁷⁶ Sobre os tipos de ilícito, ver Dias, 2019, pp. 308-323.

¹⁷⁷ Simões, 2018, p. 13.

¹⁷⁸ Tem-se entendido que podem reconduzir-se à violência física todas as condutas que inflijam dor ou danos físicos à parturiente, independentemente do tipo de dano que possa estar em causa.

¹⁷⁹ Técnica realizada com o objetivo de acelerar o trabalho de parto, em que é feita pressão externa (com os braços, antebraços ou joelhos) sobre o útero da mulher, com o objetivo de diminuir o período expulsivo. Apesar de ser bastante utilizada, não existem evidências que comprovem o seu benefício.

¹⁸⁰ Raspagem dos pelos, realizada a 16,7% das mulheres, APDMGP, 2015.

¹⁸¹ Sobre as condutas suscetíveis de integrar a violência física, ver Simões, 2018, pp. 12-13, e Negrão, 2021, p. 28.

¹⁸² Tem sido entendida como violência psicológica: humilhações, indução em erro ou ameaças para consentir na realização de determinada prática, tratamentos discriminatórios, menosprezo de pedidos, omissão de informação, etc., Simões, 2018, p. 14, e Negrão, 2021, pp. 28-30.

¹⁸³ Simões, 2018, p. 14.

sentou-se de frente para a assistente, a quem dirigiu as seguintes palavras: “Ah, tu não queres. Então fico aqui à tua espera”¹⁸⁴.

As práticas de culpabilização da mulher, pelo facto de os partos serem demasiado longos ou por estas não colaborarem, são muito frequentes, chegando a existir, em alguns casos, uma recusa de cuidados ou o efetivo abandono da mulher durante o trabalho de parto.

Embora não se refira no acórdão durante quanto tempo ocorreu este abandono, parece-nos que, caso tenha ocorrido por tempo suficiente para que a vida da mulher ou do feto serem colocadas em perigo¹⁸⁵, estaríamos perante um crime de abandono¹⁸⁶. A médica obstetra tinha o dever especial de assistir a grávida, característico de um crime específico próprio¹⁸⁷, e do seu abandono¹⁸⁸ poderia resultar uma situação de agravamento de riscos, para a qual, como nos parece óbvio, a assistente não tinha, no momento, capacidade de se defender¹⁸⁹.

Ainda que o abandono não tivesse ocorrido por tempo suficiente para colocar em perigo a vida, ou seja, para se considerar no art. 138.º, teríamos uma recusa de cuidados da médica, face às dificuldades que encontrava em realizar o parto, quando a conduta mais adequada passaria seguramente por encontrar uma outra técnica ou método mais eficientes para a extração.

Continuando a análise do caso, a arguida prosseguiu dizendo “Ah... tu não queres... então, vai a minha colega que é mais bruta”, face ao que a enfermeira parteira avançou e efetuou uma episiotomia¹⁹⁰. Entendemos existir aqui a provocação de um sentimento de insegurança, intranquilidade ou medo na assistente, que naturalmente afetaria a sua paz individual, condição da realização da sua liberdade pessoal¹⁹¹. Punível através do art. 153.º, crime de ameaça, uma vez que a mensagem transmitida pela médica seria apta a provocar medo ou inquietação.

¹⁸⁴ Facto julgado como provado pelo tribunal de 1ª instância, constante do ponto 22. Alega ainda que a médica acrescentou que “afinal, nem a mãe, nem o bebé, morrem”, mas esta afirmação não resulta como provada, ponto 92.

¹⁸⁵ Preenchendo o requisito de criação de um perigo concreto para a vida humana, Cunha, 2012, p. 191.

¹⁸⁶ Cf. art. 138.º, n.º 1 b) CP. Como exemplo de outras condutas capazes de integrar o tipo legal de abandono, ver Ferreira, 2015.

¹⁸⁷ Cunha, 2012, p. 195. Sobre os crimes de perigo concreto, ver Dias, 2019, p. 359.

¹⁸⁸ Podendo entender-se para este efeito a omissão/inatividade do agente, ainda que este permaneça no local junto à vítima, Cunha, 2012, p. 193.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 196.

¹⁹⁰ Factos dados como provados pelo tribunal de 1ª instância nos pontos 23 e 24.

¹⁹¹ Carvalho, 2012, pp. 552-553.

Não há referência no acórdão à prestação de consentimento da mulher para a realização da episiotomia, mas, ainda que houvesse, não seria este ineficaz, uma vez que foi obtido através de ameaça e coação? Entendemos que sim¹⁹². Esta abordagem à violência psicológica está presente na CEDAW, no artigo 33.º, que admite a violência psicológica sob a forma de coação e ameaças.

2.5. Responsabilização, dificuldades e possíveis soluções

A) Plano de parto

A APDMG realizou um segundo inquérito, referente ao período de 2015-2019¹⁹³, no qual 81% das mulheres inquiridas afirmaram não ter plano de parto. Dos 19% que entregou um plano de parto à equipa que a acompanhou, 68% considerou que este não foi respeitado¹⁹⁴.

A Lei n.º 110/2019, de 9 de setembro, que veio complementar a Lei n.º 15/2014, de 21 de março, não se refere a um plano de parto, mas a um plano de nascimento. Isto afigura-se-nos particularmente inadequado, e até um pouco paternalista da parte do legislador, uma vez que, cientificamente, a intervenção médico-cirúrgica que se está a tutelar se intitula de parto, e não de nascimento¹⁹⁵, e por se tratar de um documento onde se regista a vontade da grávida quanto ao trabalho de parto, parto e pós-parto.

No nosso entender, a elaboração de um plano de parto pode ser um passo essencial na garantia de um consentimento informado, esclarecido e livre da mulher. Como prevê o art. 15.º-E da referida Lei, pressupõe-se que o plano seja elaborado através de um diálogo construtivo, informado e esclarecido com os profissionais de saúde, com respeito pelo contexto cultural e pessoal da grávida.

Não queremos com isto dizer que para que o consentimento se traduza num autêntico ato de autodeterminação este deva atender a um determinado formalismo¹⁹⁶. Porém, a nível garantístico, e até probatório, a existência de um plano de parto pode ser uma mais-valia para a mulher.

¹⁹² Sempre que a conduta tendente a obter o consentimento integre os tipos de crime de ameaça e coação será seguramente impossível considerar o consentimento como uma expressão da autonomia pessoal de quem consente, Dias, 2019, pp. 562-574.

¹⁹³ APDMGP, 2020.

¹⁹⁴ APDMGP, 2020, pp. 14-16.

¹⁹⁵ Parece-nos também que a adoção do termo nascimento coloca em segundo plano a tutela da mulher, do seu corpo e do seu direito à autorrealização.

¹⁹⁶ Dias, 2019, pp. 562-574, como salienta o autor, basta que o consentimento exista e seja manifestado, independentemente da forma, para que seja eficaz.

Um exemplo disto é o testamento vital¹⁹⁷, em relação ao qual Figueiredo Dias defende dever “conservar toda a sua eficácia como indício fundamental da vontade real e efetiva do paciente”, sendo apenas “legalmente autorizada a inobservância das diretivas antecipadas de vontade nele consignadas” quando se comprove que “o outorgante não desejaria mantê-las”, ou, “se verifique evidente desatualização da vontade”, ou, “não correspondam às circunstâncias de facto que o outorgante previu no momento da sua assinatura”¹⁹⁸.

É, no nosso entender, precisamente este raciocínio lógico que deve aplicar-se ao plano de parto, que, tal como previsto no n.º 6 do art. 15.º-E, em nada obsta que a mulher grávida possa, a todo o tempo, inclusive durante o trabalho de parto, modificar as preferências manifestadas previamente.

Assim, embora a prática de um esclarecimento escrito não só não seja necessária, como até insuficiente, na medida em que é indispensável o diálogo oral e esclarecedor com o profissional de saúde, este apresenta vantagens do ponto de vista probatório¹⁹⁹ e pode ser um meio de reforçar a autorrealização da mulher grávida que, como vimos, é demasiadas vezes posta em causa.

B) Mutilação Genital Feminina

Há quem venha a defender a inclusão da episiotomia não consentida no crime de Mutilação Genital Feminina.

A Mutilação Genital Feminina, prevista no art. 144.º-A do CP, cujo bem jurídico protegido não tem sido isento de opiniões diversas, pois, se por um lado há autores que se limitam a considerar que está apenas em causa a lesão do aparelho genital feminino²⁰⁰, outros consideram que não se trata apenas de proteger a integridade física, mas também a liberdade sexual e até mesmo o direito à igualdade²⁰¹.

O 144.º-A abrange “todos os procedimentos destinados à remoção total ou parcial dos órgãos genitais femininos ou quaisquer danos infligidos aos órgãos genitais femininos por razões não médicas”. Assim, exclui-se a natureza criminosa da ação sempre que a intervenção cirúrgica seja levada a cabo na mulher como forma de preservar a sua saúde

¹⁹⁷ Documento onde o cidadão, maior de idade, pode manifestar o tipo de tratamento e de cuidados de saúde que pretende, ou não, receber quando estiver incapaz de expressar a sua vontade.

¹⁹⁸ Dias, 2019, p. 573.

¹⁹⁹ Andrade, 2012, p. 636.

²⁰⁰ Albuquerque, 2015, p. 563.

²⁰¹ Faria, 2016, p. 105.

física ou psíquica e sempre que ela se mostre indicada durante o parto ou pós-parto, por razões relacionadas com o processo médico em causa²⁰². Esta exclusão das intervenções feitas por razões médicas engloba a episiotomia.

Efetivamente, onde existe necessidade e indicação médica para a realização da episiotomia, acrescida de um esclarecimento da grávida sobre essa necessidade e efeitos, esta não poderá ser classificada como Mutilação Genital Feminina, nem isso pretendemos defender.

No entanto, face ao paradigma “intervencionista”²⁰³ de prestação de cuidados de saúde obstétricos, que descrevemos, e ao qual corresponde a negação da autonomia da grávida e um modelo paternalista de exercício da medicina, em que a realização da episiotomia é realizada por conveniência e não por necessidade²⁰⁴, então não vemos por que razão não poderá ela ser interpretada como uma Mutilação Genital Feminina. Está em causa a lesão do aparelho genital feminino, a liberdade sexual e o direito da mulher à igualdade.

C) Autonomização de um tipo legal de crime

A ex-deputada Cristina Rodrigues, apresentou na AR o Projeto de Lei n.º 912/XIV/2, com o qual se propôs reforçar a proteção das mulheres na gravidez e no parto através da adoção de diversas medidas, particularmente através da criminalização da Violência Obstétrica. Mas será a criminalização uma necessidade real para assegurar esta proteção ou estamos apenas perante mais um movimento populista, incendiado pelo ativismo das redes sociais?

A verdade é que não podemos apelar cegamente à criminalização e obstar-mos reconhecer a existência de mecanismos legais capazes de tutelar os direitos da mulher, como aliás fomos sempre realçando ao longo do texto.

Não obstante, não devemos também recusar reconhecer que se tem assistido a um aumento das denúncias por parte de mulheres que, durante a sua gravidez, parto ou pós-parto, foram sujeitas a atos de violência física ou psicológica, e que, em tribunal, encontram dificuldades acrescidas em ver as suas pretensões reconhecidas. Também os dados que fomos indicando relativamente à frequência de determinados procedimentos e da falta de consentimento são um indicador inegável de que algo está em falha.

²⁰² *Ibidem*, p. 117.

²⁰³ *Ibidem*, p. 117.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 118.

Continua a assistir-se a um negacionismo da Violência Obstétrica. Veja-se, a este respeito, o parecer da OM²⁰⁵ onde se afirma “não se dar como provada nenhuma situação de Violência Obstétrica praticada por médicos em Portugal” e ainda que não possuem “registo de se terem dado como provadas práticas de intervenções sem indicação médica ou sem consentimento informado”.

Cingindo-nos a um olhar técnico, a primeira é de facto uma afirmação que não pode ser considerada errada, mas que não deixa de ser falaciosa. Não existindo a Violência Obstétrica enquanto tipo legal de crime, é óbvio que não existirão situações dadas como provadas em tribunais. Porém, não podemos ignorar que a Violência Obstétrica tem sido comprovada, dia após dia, por estudos empíricos e testemunhos de mulheres que relatam as deficiências das unidades de saúde.

Aliás, a OMS, o CE e a ONU já se pronunciaram, individualmente, quanto à existência e necessidade de irradicação da Violência Obstétrica.

Citando ainda o referido parecer, a OM defende que “o termo não se adequa à realidade que se vive em Portugal”, “lança alarme, medo e desconfiança sobre as grávidas e as suas famílias e põe em causa os profissionais de saúde que se esforçam por prestar os melhores cuidados possíveis, segundo a melhor e mais atual evidência científica”. Optou, assim, a OM por se posicionar contra o Projeto de Lei, afirmando que: “não faz qualquer sentido procurar criminalizar condutas dos profissionais de saúde por via de uma alegada necessidade de proteção das mulheres na gravidez”.

Parece-nos natural que se apresentassem reservas quanto à tipificação da Violência Obstétrica. No entanto, seria de esperar que se sustentassem essas posições na possível existência de conceitos indeterminados utilizados na Proposta de Lei ou até no já exaustivo quadro penal, em que se podem enquadrar algumas situações de Violência Obstétrica, e nos diplomas legais já pensados para proteger a mulher durante a gravidez e o parto.

Já não tão natural se nos assemelha que a OM escolha sustentar a sua posição negando, o que julgamos ser, uma realidade incontornável. A Violência Obstétrica existe em Portugal, onde pelo menos 30% das mulheres diz tê-la experienciado. São centenas os relatos destas mulheres e não é por acaso que a obstetrícia é uma das especialidades com maior taxa de litigância²⁰⁶.

²⁰⁵ Parecer n.º 1519/1.ª CACDLG.

²⁰⁶ A este respeito, ver Silva, Rodrigues, & Bernardes, 2015.

Embora se possam guardar reservas quanto à tipificação, ou simplesmente não concordar com a mesma, negar a existência de Violência Obstétrica é negar a realidade. Será o empregar do termo Violência Obstétrica que verdadeiramente lança o alarme, o medo e a desconfiança sobre as mulheres? Ou será a desacreditação dos seus testemunhos e a dificuldade que encontram em ver as suas pretensões reconhecidas pela justiça que acabam por disseminar essa incerteza e conduzir a uma «diabolização» generalizada de uma classe de profissionais de saúde que, na sua maioria, prega por lhes prestar os melhores cuidados possíveis? O caminho a percorrer pode até não passar pela criminalização, mas, com certeza, não passará também por fechar os olhos a uma forma tão clara de Violência de Género.

3. Discriminação Positiva e o Princípio da Igualdade

Os conceitos de liberdade e de igualdade andam, quase sempre, de mãos dadas. No entanto, temos assistido a uma tendência em justificar o avanço da libertação da mulher com base na violação da igualdade. Se a privação de certas liberdades às mulheres foi sendo justificada em fatores discriminatórios que constituem uma clara violação do princípio da igualdade²⁰⁷, também a sua libertação tem sido atrasada com base na violação dessa mesma igualdade.

No nosso entender, a discriminação positiva, realizada através de diferenciações de tratamento que visem compensar situações de desigualdade de facto, não só não constitui uma violação de igualdade como é imposta por ela. Se pretendemos consagrar uma igualdade material, e não meramente formal, então estamos obrigados a atender às diferenças reais entre géneros e a preocuparmo-nos com resultados e não meramente em satisfazer uma norma geral e abstrata, suscetível de criar e gerar desigualdade²⁰⁸. Assim, os argumentos que sustentam que tratar o homicídio contra a mulher de forma mais severa do que o cometido contra o homem é afirmar que a vida delas vale mais do que a dos homens, ou de que a criminalização de condutas com enfoque feminino como a Mutilação Genital Feminina nos coloca num campo de desigualdade perante a lei, não nos parecem justificados.

Recuando às ideias trazidas pelas teorias feministas do direito, trata-se de abraçar a igualdade enquanto diferença, cabendo ao direito a tarefa de criar medidas especiais e

²⁰⁷ Leitão, 2022, p. 204.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 204.

temporárias que auxiliem a nivelar mulheres e homens, anulando as desvantagens e preconceitos intrínsecos à sociedade. Não parece plausível a ideia de que a igualdade formal possa ser afetada pela discriminação positiva, quando se trata de reconhecer que homens e mulheres vivenciam situações de desigualdade e que estas propiciam o uso da violência contra as mulheres²⁰⁹.

Impõe-se que o princípio da igualdade estimule o direito a atuar enquanto verdadeiro mecanismo de eliminação da desigualdade e não como um impedimento. Assim, respondendo às questões fulcrais sobre a necessidade de autonomização da Violência Obstétrica e do Feminicídio, somos da opinião de que a autonomização de ambos teria como objetivo a atribuição de uma maior notoriedade e um realce da sua dignidade penal. As condutas que os envolvem, estão enraizadas em preconceitos discriminatórios. Por isso, não é possível tratar o problema e desafios que eles representam para o direito penal de forma “asséptica, como se estivesse apenas em causa o acerto de regras, de hipóteses e de consequências jurídico-penais, por muito intrincada que seja a resolução do problema teórico e o enquadramento legal destas condutas”²¹⁰. A criação de tipos legais autónomos pode desempenhar um papel crucial na sensibilização dos agentes e da sociedade em geral para a sua gravidade, bem como na eficácia da norma penal como mecanismo de dissuasão.

Por outro lado, há sempre reservas legítimas à inserção de novos tipos legais, por colocarem em risco a sistemática do CP, e, nesse sentido, apela-se muitas vezes a que se proceda à regulamentação através de diplomas autónomos. Acresce ainda que, o combate à Violência de Género não se basta com a criminalização. A Convenção de Istambul impõe aos Estados que atuem com a diligência devida e adotem todas as medidas necessárias para prevenir, investigar, punir e garantir a reparação adequada às vítimas dos crimes. Devem promover a mudança nos padrões de comportamentos com o objetivo de erradicar preconceitos e todas as práticas que estejam baseadas numa ideia de inferioridade ou de papéis estereotipados da mulher.

Perante estas posições conflitantes, que apresentam ambos argumentos válidos, o que pretendemos reforçar é que entre a autonomização e a integração pacífica nos tipos legais que já existem há ainda um longo caminho que pode e deve ser percorrido pelo legislador. Defendemos, porém, a necessidade de moldar o direito, progressivamente, para um

²⁰⁹ Sousa, 2016.

²¹⁰ Faria, 2016, p. 177.

modelo anti-discriminador²¹¹, com a aceitação de medidas de discriminação positiva, reconhecendo o direito como instrumento privilegiado para a correção de desigualdades.

Conclusão

Com base nos pontos apresentados, torna-se claro que o direito teve um papel ativo na construção da inferioridade da mulher, e, como tal, deve ser responsável também pela sua reversão, garantindo liberdade e igualdade para todos.

O CEDAW recomendou, em 2022, que o Estado português procedesse à autonomização do crime de Feminicídio, que está diretamente relacionado com a Violência Doméstica, o que obriga a que o Estado se debruce sobre o aprimoramento dos mecanismos processuais que envolvem o processo, como a suspensão provisória e as medidas de coação, para que nenhuma vítima seja deixada desprotegida.

Além disso, quando falamos da necessidade de erradicar a Violência Obstétrica, não queremos prescrever a ação de um parto 100% fisiológico para todas as mulheres, mas sim a importância de as ouvir, na sua individualidade, e adaptar o parto às suas exigências, vontade e particularidades. Nesse sentido, o plano de parto será o melhor mecanismo à nossa disposição para concretizar essas exigências e garantir o consentimento livre, informado e esclarecido da mulher, pelo que deve reforçar-se e incentivar-se o seu uso.

Os artigos 1.º, 2.º e 5.º da CEDAW impõem aos Estados a obrigação de ação sobre todas as formas de discriminação contra as mulheres. Estes estão vinculados a assegurar a efetiva aplicação do princípio da igualdade e a adotar sanções para comportamentos e práticas que perpetuem a discriminação contra as mulheres, particularmente, quando esses comportamentos provenham de instituições e autoridades públicas. Neste sentido, há ainda um leque alargado de matérias a ser tratadas num estudo futuro, como a prostituição, o tratamento jurídico do aborto, a possível criminalização da pornografia, ou o assédio sexual.

A criação de tipos legais autónomos pode desempenhar um papel crucial na sensibilização dos agentes e da sociedade em geral para a gravidade dessa discriminação, bem como na eficácia da norma penal como mecanismo de dissuasão. Em suma, trata-se de abraçar a igualdade enquanto diferença, cabendo ao direito a tarefa de criar medidas

²¹¹ Retomando os modelos de direito explorados na p. 13 deste trabalho.

especiais e temporárias que auxiliem a nivelar mulheres e homens, anulando as desvantagens e preconceitos intrínsecos à sociedade.

Bibliografia

1. Livros e capítulos de livros

- Albuquerque, P. P. (2015). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (3ª edição atualizada)*. Lisboa. Universidade Católica Editora.
- Almeida, M. d., Simões, V., & Soromenho, F. (2022). "Do direito à maternidade ao direito das crianças no caso Soares de Melo c. Portugal". Em M. M. Martins, M. Cunha, & P. P. Albuquerque, *Direitos Humanos das Mulheres* (pp. 253-268). Lisboa. Universidade Católica Editora.
- Andrade, M. d. (2012). "Dever de Esclarecimento". Em J. d. Dias, *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial* (Vol. 2ª Edição, pp. 632- 640). Coimbra. Coimbra Editora.
- Andrade, M. d. (2012). "Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários". Em J. d. Dias, *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial* (Vol. I 2ª Edição, pp. 595-631). Coimbra. Coimbra Editora.
- Antunes, M. J. (2021). *Direito Processual Penal* (3ª Edição). Coimbra. Almedina.
- Beleza, T. P. (1990). *Mulheres, Direito, Crime ou a Perplexidade de Cassandra*. Lisboa. AAFDL.
- Beleza, T. P. (2010). *Direito das Mulheres e da Igualdade Social. A Construção Jurídica das Relações de Género*. Coimbra. Almedina.
- Beleza, T. P. (2022). "A violência doméstica tem remédio? O caso Valiuline c. Lituânia (TEDH, 2013)". Em M. M. Martins, M. Cunha, & P. P. Albuquerque, *Direitos Humanos das Mulheres* (pp. 59- 66). Lisboa. Universidade Católica Editora.
- Carvalho, A. T. (2012). "Ameaça". Em J. d. Dias, *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial* (Vol. I, 2ª Edição, pp. 550-567). Coimbra. Coimbra Editora.
- Cunha, J. M. (2012). "Exposição ou Abandono". Em J. d. Dias, *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial* (Vol. I, 2ª Edição, pp. 138-199). Coimbra. Coimbra Editora.
- Dias, J. d. (2019). *Direito Penal: Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. (Vol. I, 3ª Edição). Coimbra. Gestlegal.
- Faria, P. R. (2016). "A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina". Em M. d. Cunha, *Combate à Violência de Género - da Convenção de Istambul à nova legislação penal*. (pp. 110-127). Lisboa. Universidade Católica Editora.

- Leitão, A. (2022). "Direitos sexuais e reprodutivos das mulheres". Em M. M. Martins, M. Cunha, & P. P. Albuquerque, *Direitos Humanos das Mulheres* (pp. 203-2011). Lisboa. Universidade Católica Editora.
- Marques, R. (2022). "Da discriminação à violação da integridade física". Em M. M. Martins, M. Cunha, & P. P. Albuquerque, *Direitos Humanos das Mulheres* (pp. 212-22). Lisboa. Universidade Católica Editora.
- Melo, H. P. (2015). "A fada do lar tenta tornar-se cidadã. O estatuto das mulheres no final da monarquia e na I República". Em H. P. Melo, & I. F. Pimentel, *Mulheres Portuguesas. História da vida e dos direitos das mulheres num mundo em mudança* (pp. 25-167). Lisboa. Clube do Autor.
- Melo, H. P. (2017). *Os Direitos das Mulheres no Estado Novo - A Segunda Grande Guerra*. Coimbra. Almedina.
- Negrão, M. (2021). *Violência Obstétrica – um resumo ilustrado*. E-book <https://nascercomidireitos.pt/e-book-violencia-obstetrica/>, consultado em 28/03/2023.
- Pais, E. (2015). "Cooperação, Saúde e Género". Em E. Pais, *Uma década pela igualdade e contra a violência de género. Fragmentos do discurso político*. Viseu. Edições Esgotadas.
- Pimentel, I. F. (2015). "A fada do lar ainda não é cidadã. A situação das mulheres na I República e no Estado Novo". Em H. P. Melo, & I. F. Pimentel, *Mulheres Portuguesas. História da vida e dos direitos das mulheres num mundo em mudança* (pp. 173-354). Lisboa. Clube do Autor.
- Rossiaud, J. (1991). *A Prostituição na Idade Média*. São Paulo. Paz e Terra.
- Sottomayor, M. C. (2005). "Feminismo e Método Jurídico". Em *Separata de Direito Natural, Justiça e Política, II Colóquio Internacional do Instituto Interdisciplinar Faculdade de Direito da Universidade do Porto* (pp. 323-344). Coimbra. Coimbra Editora.
- Sottomayor, M. C. (2016). "Assédio sexual nas ruas e no trabalho: uma questão de direitos humanos". Em M. d. Cunha, *Combate à Violência de Género - Da Convenção de Istambul à nova Legislação Penal* (pp. 71-90). Lisboa. Universidade Católica Editora.
- Sousa, R. M. (2015). *Introdução às Teorias Feministas do Direito*. Afrontamento.
- Vicente, A. (2000). *Direitos das Mulheres, Direitos Humanos*. Lisboa. Comissão para a Igualdade e para os Direitos das Mulheres.

2. Artigos em revistas científicas

- Bandeira, L. M., & Magalhães, M. J. (2019). "A transversalidade dos crimes de femicídio/feminicídio no Brasil e em Portugal". *Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal*, 1, 29-56.
- Beleza, T. P. (2002). "Antígona no reino do Creonte. O Impacto dos Estudos Feministas no Direito". *ex aequo*, n.º 6, 77-89.
- Borges, B. B., Serrano, F., & Pereira, F. (2003). "Episiotomia - Uso Generalizado versus Seletivo". *Acta Médica Portuguesa*, 447-454.
<https://www.actamedicaportuguesa.com/revista/index.php/amp/article/view/1214>, consultado em 28/03/2023.
- Brito, T. Q. (2020). "Estereótipos prejudiciais de género na prática jurídica". *Anatomia do Crime*, n.º 11, 167-217.
- Casaleiro, P. (2014). "O poder do direito e o poder do feminismo: revisão crítica da proposta teórica de Carol Smart". *ex aequo*, n.º 29, 39-53.
- Duarte, M. (2012). "O Direito na Violência Doméstica". *ex aequo*, n.º 25, 59-73.
- IMAGiNE EURO study group (2022). "Quality of facility-based maternal and newborn care around the time of childbirth during the COVID-19 pandemic: online survey investigating maternal perspectives in 12 countries of the WHO European Region". *The Lancet Regional Health - Europe*, 1-18.
[https://www.thelancet.com/journals/lanep/article/PIIS2666-7762\(21\)00254-4/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lanep/article/PIIS2666-7762(21)00254-4/fulltext), consultado em 28/03/2023.
- Guimarães, E. (1986). "A mulher portuguesa na legislação civil". *Análise Social*, Volume XXII (3º-4º), n.º 92-93, pp. 557-577.
- Pereira M. M.; Santos A. C.. (2014). "Introdução. Epistemologias e metodologias feministas em Portugal: contributos para velhos e novos debates". *ex aequo*, n.º 29, 9-21.
- Neves, S. (2016). "Femicídio: o fim da linha da violência de género". *ex aequo*, n.º 34, 9-12.
- Silva, F., Rodrigues, M., & Bernardes, J. (2015). "Ações Disciplinares em Ginecologia e Obstetrícia na Região Norte de Portugal nos Anos 2008 a 2012". *Ata Médica Portuguesa*, 194-203.
<https://www.actamedicaportuguesa.com/revista/index.php/amp/article/view/5788>, consultado em 28/03/2023.

- Simões, V. (2017). "A violência obstétrica : a violência institucionalizada contra o género". *Anatomia do crime*, n.º 6, 73-94.
- Sofia Neves, S. G., & Martins, D. (2016). "Narrativas mediáticas sobre o femicídio na intimidade: análise de um jornal popular português". *ex aequo*, n.º 34.
- Sousa, T. T. (2016). "Feminicídio: uma leitura a partir da perspetiva feminista". *ex aequo*, n.º 34, 13-29.

3. Relatórios e links relevantes

- APDMGP (2015). *Experiências de Parto em Portugal 2012-2015*.
http://www.associacaogravidezparto.pt/wp-content/uploads/2016/08/Experi%C3%Aancias_Partos_Portugal_2012-2015.pdf,
 consultado em 28/03/2023.
- APDMGP (2020). *Experiências de Parto em Portugal 2015-2019. (2º Edição)*.
https://associacaogravidezparto.pt/wp-content/uploads/2020/12/Experi%C3%Aancias-de-Parto-em-Portugal_2edicao_2015-19-1.pdf, consultado em 28/03/2023.
- Beleza, T. P. (2021). Violência Doméstica. *Coleção de Temas: Violência Doméstica e Violência na Intimidade*. Centro de Estudos Judiciários.
<https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=Wb59YCBSB3I%3D&portalid=30>, consultado em 28/03/2023.
- CEDAW (2022). Concluding observations on the tenth periodic report of Portugal, CEDAW/C/PRT/CO/10, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/420/81/pdf/N2242081.pdf?OpenElement>, consultado em 28/03/2023.
- Ferreira, I. M. (2015). *Violência Obstétrica Institucional - estratégias para redução das intervenções obstétricas*.
<https://uterus.pt/2015/08/01/violencia-obstetrica-institucional-estrategias-para-reducao-das-intervencoes-obstetricas/>, consultado em 28/03/2023.
- Frutuoso, M. V. (2020). Interseções entre Igualdade e Género. Novos Desafios do Direito. Tese de doutoramento em ciências jurídicas.
<http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/77062>, consultado em 28/03/2023.

- CIG (2022), Igualdade de Género em Portugal. Indicadores chave 2022. <https://www.cig.gov.pt/area-igualdade-entre-mulheres-e-homens/indicadores/>, consultado em 31/03/2023.
- Gomes, C., Fernando, P., Ribeiro, T., Oliveira, A., & Duarte, M. (2016). *Violência doméstica: estudo avaliativo das decisões judiciais*. Lisboa: CIG - Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género. https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/44015/1/Viol%c3%aancia%20dom%c3%a9stica_estudo%20avaliativo%20das%20decis%c3%b5es%20judiciais.pdf, consultado em 28/03/2023.
- Inglesias, C., Dias, C. M., Pontedeira, C., Magalhães, M. J., & Coimbra, S. (2021). *Relatório nacional sobre investigação e dados do femicídio: Portugal*. . UMAR – União de Mulheres Alternativa e Resposta e Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação da Universidade do Porto. <http://www.umarfeminismos.org/images/stories/oma/RelatorioNacional.pdf>, consultado em 28/03/2023.
- OM (2021), *Parecer do Colégio da Especialidade de Ginecologia e Obstetrícia da Ordem dos Médicos sobre o Projeto de Lei n.º 912.XIV PAN 2021*, <https://ordemdosmedicos.pt/parecer-sobre-o-reforco-da-protecao-das-mulheres-na-gravidez-e-parto-atraves-da-criminalizacao-da-violencia-obstetrica/>, consultado em 28/03/2023.
- OMS (1996). *Care in Normal Birth: a practical guide*. Department of Reproductive Health and Research. https://cdn1.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/2413/2014/08/WHO_FRH_MSM_96.24.pdf, consultado em 28/03/2023.
- OMS (2014). *Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde*. https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf, consultado em 28/03/2023.
- OMS (2018). *WHO recommendations. Intrapartum care for a positive childbirth experience*. Department of Reproductive Health and Research; Department of Maternal, Newborn, Child and Adolescent Health. <https://www.who.int/publications-detail-redirect/9789241550215>, consultado em 28/03/2023.

- ONU (2020), *Violence against women and girls: the shadow pandemic*, <https://www.unwomen.org/en/news/stories/2020/4/statement-ed-phumzile-violence-against-women-during-pandemic>, consultado em 28/03/2023.
- ONU (2022), *España responsable por violencia obstétrica, según el Comité de derechos de las mujeres de la ONU*, <https://www.ohchr.org/es/press-releases/2022/07/spain-responsible-obstetric-violence-un-womens-rights-committee-finds>, consultado em 28/03/2023.
- ONU (2023), *In Focus: War in Ukraine is a crisis for women and girls*, <https://www.unwomen.org/en/news-stories/in-focus/2022/03/in-focus-war-in-ukraine-is-a-crisis-for-women-and-girls>, consultado em 28/03/2023.
- OPSS (2018). *Meio Caminho Andado - Relatório Primavera 2018*. <https://www.opssaude.pt/relatorios/relatorio-de-primavera-2018/>, consultado em 28/03/2023.
- RASI 2021, <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc23/comunicacao/documento?i=relatorio-anual-de-seguranca-interna-2021>, consultado em 28/03/2023.
- RASI 2022, <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc23/comunicacao/documento?i=relatorio-anual-de-seguranca-interna-2022->, consultado em 31/03/2023.
- Teixeira, M. A. (2020). Femicídio. Contributos para a sua análise e prevenção. Análise Retrospectiva. Dissertação de Mestrado. <https://repositorio.ispa.pt/handle/10400.12/8034>, consultado em 28/03/2023.
- Women), U. N. (2022). *Gender-related killings of women and girls (femicide/feminicide). Global estimates of gender-related killings of women and girls in the private sphere in 2021. Improving data to improve responses*. <https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2022/11/gender-related-killings-of-women-and-girls-improving-data-to-improve-responses-to-femicide-feminicide>, consultado em 28/03/2023.