

O TRATAMENTO PENAL DA VIOLÊNCIA NA ASSISTÊNCIA AO PARTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Rebeca Cristina Martins Coutinho (IC) e Carlos Luiz de Lima e Naves (Orientador)

Apoio: PIBIC Mackenzie

RESUMO

O presente trabalho tem como principal objetivo, analisar se as práticas de violência na assistência ao parto se amoldam aos tipos penais já existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Inicia-se com uma análise do que se define como violência obstétrica na assistência ao parto, buscando por uma definição concreta acerca do tema. Ademais, o trabalho busca compreender a relevância do respeito à autonomia da gestante na determinação das práticas que podem, ou não, ser consideradas violentas no contexto da assistência ao parto. Outrossim, será analisado se o ordenamento jurídico brasileiro possui formas de proteção frente às violências na assistência ao parto, além de analisar o amparo legal que os médicos e conseqüentemente obstetras detêm ao longo do ordenamento jurídico, para que assim, seja possível compreender ao final do trabalho, se há alguma lacuna legislativa no ordenamento jurídico brasileiro e se, portanto, existe alguma necessidade político-criminal de edição de uma lei voltada unicamente para tratar especificamente dos casos de violência obstétrica, com reflexos penais. Este estudo será realizado com embasamento na compreensão da doutrina brasileira, de publicações nacionais e internacionais, além de legislações brasileiras e legislações internacionais, as quais efetivamente reconhecem e garantem tutela das vítimas de violência obstétrica na assistência ao parto.

Palavras-chave: Violência Obstétrica. Assistência ao Parto. Ordenamento Jurídico.

ABSTRACT

The present paper has as its main goal to analyse whether the practice of violence during childbirth assistance aligns to the existing criminal offenses in the brazilian legal framework. It begins with an analysis of the definition of obstetric violence in childbirth assistance, aiming to establish a concrete definition of the subject. Furthermore, the study seeks to understand the significance of respecting the pregnant woman's autonomy in determining which practices may or may not be considered violent in the context of childbirth assistance. Additionally an examination will be conducted to determine whether the brazilian legal order provides any form of protection against violence during childbirth care and the legal support that medical doctors, and consequently obstetricians, have within the legal system, so that it shall be possible to comprehend at the end of this study, if there is any legislative gap, and if therefore there is any political-criminal need to create a specific law aiming only to

addressing cases of obstetric violence and their penal consequences. This study will be conducted based on an understanding of brazilian doctrine, national and international articles, as well as brazilian and international legislations, that effectively recognize and ensure protection for victims of obstetric violence during childbirth assistance.

Keywords: Obstetric Violence. Childbirth Assistance. Legal System.

1. INTRODUÇÃO

Reiteradamente gestantes e parturientes são vítimas da violência na assistência ao parto, sendo objeto de inúmeros debates e ganhando visibilidade no cenário brasileiro. O vigente modelo hospitalar contribui para que as mulheres sejam submetidas a procedimentos invasivos, dolorosos e por vezes não indicados, ignorando o seu consentimento e as tornando agentes passivos de um cenário em que deveriam ser protagonistas.

O presente trabalho visa analisar se as práticas de violência na assistência ao parto se amoldam aos tipos penais já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, além de determinar o conceito de violência obstétrica, compreender a relevância do respeito à autonomia da gestante na determinação das práticas que podem, ou não, ser consideradas violentas no contexto da assistência ao parto e verificar, ao final do trabalho, se há alguma lacuna legislativa e se, portanto, existe alguma necessidade político-criminal de edição de uma lei voltada unicamente para tratar especificamente dos casos de violência obstétrica, com reflexos penais. Para tanto, foi utilizado a metodologia dialética e indutiva, através da análise de artigos, teses, dissertações e doutrinas acerca do tema, além dos conceitos legais existentes na legislação brasileira e estrangeira.

2. DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

Apesar do aumento da conscientização social sobre a violência obstétrica, ao analisarmos o ordenamento jurídico brasileiro, notamos que, até o momento, inexistente uma norma penal específica que trate desse tema. Diante dessa ausência de um regramento próprio, a doutrina e a jurisprudência vêm utilizando normas mais gerais que poderão, dependendo das circunstâncias, ser aplicadas para fatos dessa natureza.

Na esfera cível, por exemplo, não há muita dificuldade em impor, contra uma conduta médica lesiva, eventual indenização pelos danos causados. Isso pode ser feito tanto sob a perspectiva contratual do Código Civil, quanto também consumerista, dependendo dos pressupostos fáticos. No direito público, há também hipóteses de se debater a violência na assistência ao parto dentro da esfera administrativa quando ela for prestada por unidade pública de atendimento.

Todavia, neste trabalho, consideramos refletir sobre o assunto focando exclusivamente na legislação penal. Isso porque, como se sabe, o princípio da legalidade exige por parte do operador do direito maior cuidado com o tema. Aliás, não apenas o princípio da legalidade, mas também o princípio da proporcionalidade. Isso se deve ao fato de que, além de a norma ter de se amoldar perfeitamente ao fato lesivo, é preciso também que a resposta penal não seja nem abusiva e nem tampouco deficitária.

É justamente sob esse ângulo que surgem os maiores problemas na análise dogmática tanto dos tipos penais em si (critério formal) quanto dessa operação de tipicidade material. Em outras palavras, o Código Penal brasileiro apresenta algumas normas que, embora sejam mais genéricas, ainda assim apresentam-se adequadas para tratar dos casos de violência obstétrica na assistência ao parto. Isso ocorre, no entanto, com ressalvas, vez que a ausência de uma definição prévia sobre o fenômeno da violência obstétrica na assistência ao parto poderá sujeitar essa mesma conduta a mais de um tipo penal com gravidade, isto é, parâmetros de sanções mínimas e máximas completamente distintas. E é justamente aqui que o jurista deve se preocupar.

Façamos assim uma contextualização desse tema da violência obstétrica antes de nos aprofundarmos nos tipos penais em si.

2.1 O QUE É A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E OS DADOS OFICIAIS

A definição das práticas que constituem o termo violência obstétrica é deveras controversa, tanto no contexto médico quanto jurídico. É possível encontrar na literatura diversas definições do que venha a ser a violência obstétrica, uma vez que inúmeros autores discorrem acerca do tema. Em linhas gerais caracteriza-se violência obstétrica como qualquer forma de violência institucional, moral, física, sexual, psicológica ou verbal, em face da gestante no período que compreende a gestação, o parto e o pós-parto (Adami; Guimarães, 2021, p. 1), qualificando assim a violência na assistência ao parto como uma das formas de violência obstétrica. A definição mais disseminada acerca do tema está na legislação venezuelana, pioneira na tipificação dessa forma de violência, mais especificamente no art. 51 da “Ley Orgánica sobre los derechos de las mujeres a una vida libre de violencia”:

“a apropriação do corpo e processos reprodutivos das mulheres pelos profissionais de saúde, que se expressa em um tratamento desumanizador, em um abuso de medicação e patologização dos processos naturais, trazendo consigo perda da autonomia e de capacidade de decidir livremente sobre seus corpos e sexualidade.”

Ademais, a concepção elaborada por Bowser e Hill (2010) a respeito das formas de abuso e desrespeito se mostram promissoras, uma vez que indicam as formas de violência como o abuso físico, cuidado não consentido, cuidado não confidencial, cuidado indigno, discriminação baseada em atributos específicos da paciente, abandono de cuidado e detenção no hospital (Siqueira, 2021, p. 60). Em nível internacional, foi reconhecido pela Organização Mundial de Saúde (OMS) em 2014, que a violência física e verbal contra a mulher durante o parto é uma das violências que compõem as problemáticas de saúde pública e de violação de direitos humanos.

No Brasil, as denúncias sobre a violência na assistência ao parto permeiam simultaneamente com as reflexões dos movimentos feministas desde 1980, contudo foi com a chegada dos anos 2000 que o assunto ganhou o meio acadêmico, os órgãos governamentais e as redes sociais no país (Palharini, 2017, p. 3). Ainda assim, o mero uso do termo enfrenta até o presente momento resistência por parte dos profissionais da saúde para designar as várias práticas violentas na assistência ao parto, como ficou demonstrado através do Despacho do Ministério da Saúde de maio/2019 que tentou retirar o termo violência obstétrica dos documentos de políticas públicas, com apoio da FEBRASGO que dizia que o uso do termo visava “demonizar a figura do médico obstetra” em sua nota de apoio (Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, 2019).

Em contrapartida a essa afirmação, no ano de 2013, foi realizada a pesquisa intitulada de “Violência no parto: Na hora de fazer não gritou”, pela Fundação Perseu Abramo, em que ficou demonstrado que uma em cada quatro mulheres brasileiras já sofreram violência no parto (Fundação Perseu Abramo, 2013). A atual prática médica orienta-se por valores que contrariam o parto humanizado, as parturientes são submetidas a procedimentos excessivos e por vezes desnecessários, ocasionando o forte dano físico e emocional, existindo o claro conflito entre os movimentos sociais que prezam pela humanização do parto e o modelo hegemônico de assistência que insiste em hospitais e ultra medicação (Diniz, 2005, p. 630).

Os procedimentos invasivos realizados pelos profissionais da saúde na assistência ao parto são abundantes e podem ser separados em dois grupos, no primeiro estão as violências veladas, como o uso de ocitocina para a aceleração do parto sem o consentimento da gestante, a omissão de informações dos procedimentos médicos a serem feitos, a proibição da locomoção da parturiente, a não permissão de alimentação ou de ingestão de água no trabalho de parto, entre outras situações. Enquanto no segundo grupo se encontram as violências facilmente identificadas pela vítima, uma das violências mais tradicionais é a episiotomia, procedimento que é definido como o alargamento do períneo realizado com tesoura ou lâmina de bisturi, no trabalho de parto, procedimento indicado pela OMS apenas para casos excepcionais e ainda assim, foi realizada em 53,5% dos partos vaginais no Brasil no ano de 2014, de acordo com a pesquisa “Nascer no Brasil” (Fiocruz, 2014), para além da contra-indicação, é preciso pontuar a falta de consentimento da mulher, que na grande parte dos casos não é orientada sobre o procedimento realizado e nos casos em que ocorre a orientação, a indução é conjunta.

A cesárea realizada por influência médica e social, que não explica os riscos a paciente e por vezes ao menos é de fato indicada, é um procedimento que pode caracterizar-se como violência, ainda que mascarada como algo natural. De acordo com os

dados da Fundação Oswaldo Cruz, nos anos de 2011 e 2012, 52% dos partos em hospitais públicos foram cesarianas, enquanto no setor privado chegaram a 88% (Fiocruz, 2014). O DATASUS em 2019, mostrou que houve o aumento de 56% das cirurgias cesarianas, ao passo que a OMS, por sua vez, recomenda que apenas 10% a 15% dos nascimentos sejam realizados por via cirúrgica (Brasil, 2019).

As práticas de violência na assistência ao parto por mais evidentes que sejam, são compreendidas como triviais na maior parte das vezes, embora causem danos ao físico e psicológico da gestante, em razão da cultura hospitalar que é cravada no imaginário popular e assim, os procedimentos não indicados, não informados e não consentidos, além das demais condutas de médicos e enfermeiros que venham a ser caracterizadas como violência, continuam sendo difundidas para novos profissionais da área. Outrossim, na ocasião em que se nota a violência ou desconfia-se de que determinado ato ou procedimento não poderia ser realizado, a paciente não sabe como proceder ou como buscar por respaldo legal, uma vez que no ordenamento jurídico penal brasileiro não existe uma norma exclusiva com a tipificação de violência obstétrica ou violência na assistência ao parto e até mesmo na esfera civil o conceito não é de fato determinado.

Partindo desse ponto, cabe analisar como o ordenamento jurídico brasileiro se posiciona frente a violência obstétrica na assistência ao parto.

2.2 ANÁLISE DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO FRENTE À SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA NO PARTO

Diferente do que ocorre em países como Venezuela (Lei 38.668/07) e Argentina (Lei 26.485/09), que possuem em seu ordenamento jurídico normas específicas voltadas para a violência obstétrica, no Brasil para além de não existirem normas com enfoque exclusivo, recentemente ocorreram tentativas de retirada do próprio termo violência obstétrica como exposto anteriormente. No presente momento tramita pelo Senado Federal o Projeto de Lei 2.082/2022 que visa a criminalização da violência obstétrica, contudo a redação sugerida deixa claro que a criminalização seria referente a violência obstétrica na assistência ao parto:

“qualquer conduta que seja direcionada à mulher durante o trabalho de parto, parto ou puerpério, praticada sem consentimento, desrespeitando sua autonomia ou feita em desacordo com procedimentos estabelecidos pelo Ministério da Saúde e que lhe cause dor, dano ou sofrimento desnecessário”.

Não há no Brasil uma lei federal que trate de políticas públicas para o público feminino na assistência ao parto, mas sim leis esparsas como a Lei estadual 15.759/15 e a Lei municipal 15.984/13 do Estado de São Paulo que visam o parto humanizado e permitem que a mulher tenha o direito de escolha com relação a procedimentos eletivos.

Posteriormente, estados como Goiás (Lei 19.790/17) e Rondônia (Lei 4.173/17) também fizeram leis no mesmo sentido que as do estado de São Paulo, mas assim como a norma paulista, possuem limitações quanto a sua atuação e não produzem o efeito penal desejado nas intervenções violentas na qual as mulheres são colocadas (Siqueira, 2021, p. 65). O Estado de Santa Catarina (Lei 17.097/17), ainda que também preso às limitações, foi pioneiro ao dispor sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente, em casos de violência obstétrica (Spacov; Silva, 2019, p. 10). Em linhas mais amplas, a única lei em âmbito federal que alcança mais mulheres, é a Lei 11.108/05 que garante às parturientes um acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato no sistema público de saúde, e a Lei 11.634/07 que dispõe do direito da gestante ao conhecimento e à vinculação à maternidade do SUS.

Para além da problemática das referidas leis não possuem vínculo na esfera penal, mas somente no âmbito civil, a problemática se estende ao ato dos profissionais da saúde não respeitarem as garantias legais. Desde 2005 é garantido que as parturientes possuam um acompanhante com a Lei 11.108/05, no ano de 2008 a garantia foi reforçada pela Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) n. 36 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que dispõe sobre o Regulamento Técnico para Funcionamento dos Serviços de Atenção Obstétrica e Neonatal, contudo como aponta o estudo realizado com 56 mulheres em quatro maternidades públicas da Região Metropolitana II do Estado do Rio de Janeiro, a grande parte delas não possuía o conhecimento de que poderia ter um acompanhante e que até mesmo escutaram a negativa dos profissionais em autorizar o acompanhante, impedindo assim o direito de escolha da paciente antes mesmo do início do parto (Rodrigues, *at al.*, 2017, p. 6).

Os textos de lei têm em seu corpo a mesma essência, visando informar a gestante o que se caracterizaria como violência obstétrica em sentido estrito, conscientizar os profissionais da saúde acerca do tema, garantir que as gestantes sejam informadas dos seus direitos e sobretudo respeitar o seu direito de escolha, porém nota-se repetidamente que isso não é respeitado. Corintio Mariani Neto, membro da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), médico ginecologista e obstetra, em entrevista ao jornal O Estado de São Paulo, defende que “Se [...] a gestante se mostrar absolutamente contrária à realização do procedimento [...] o melhor é que seu parto seja assistido por um profissional que tenha exatamente o mesmo ponto de vista” (Estadão, 2016), ou seja, por mais que exista a garantia legal, o direito da mulher não é respeitado, ainda que os profissionais da saúde disseminem essa ideia.

Portanto, cabe buscar por soluções em demais normas que não são voltadas diretamente para o problema apresentado, porém indicam a perspectiva de uso.

2.3 DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO BRASIL: ENTRE A DEFICIÊNCIA E O EXCESSO PUNITIVO

Conforme previamente esclarecido, não existe em matéria penal uma normatização específica da violência obstétrica no âmbito da assistência ao parto. Devido à escassez normativa sobre a matéria, é necessário buscar amparo legal em normas penais mais genéricas.

Assim, analisa-se, desde já, o princípio da legalidade para identificarmos um tipo compatível com a conduta ora investigada. A depender das circunstâncias, a violência obstétrica pode incidir tanto no crime de lesão corporal, quanto nos crimes contra a honra. Perceba que não se trata de analogia, mas de uma técnica hermenêutica de subsumir uma norma mais genérica à hipótese específica de violência obstétrica. Nesse sentido, o princípio da legalidade encontra-se respaldado.

Essa técnica, no entanto, pode provocar reações que não tenham sido concebidas exatamente para os danos causados pela violência obstétrica em si. Desse modo, a título exemplificativo, nota-se que as penas cominadas podem variar de três meses a doze anos entre a pena mínima dos crimes contra a honra e pena máxima da lesão corporal.

É justamente nesse aspecto que a violação ao princípio da proporcionalidade gera preocupação à doutrina. Ou seja, por ficar sujeito a um exame de diversos tipos penais que protegem bens jurídicos igualmente distintos, há uma extensão do rol sobre a definição do crime (e, sobretudo, da pena) o que pode provocar uma resposta penal, ora extremamente rigorosa ora deficitária, sendo que em ambos os casos partiríamos dos mesmos pressupostos fáticos. Portanto, o exame da matéria talvez não se limite tanto sob a legalidade, como expusemos anteriormente, mas também na proporcionalidade sobre a punição que o Estado brasileiro hoje impõe aos casos de violência obstétrica na assistência ao parto.

Tratando exatamente sobre esse princípio, de acordo com Padilha (2019, p. 114), a proporcionalidade pode ser definida como “[...] os meios necessários para atingir os fins previstos pela norma Constitucional”. Ainda sobre tema, e devido à sua análise circunstancial, segundo o mesmo autor, é imprescindível observar três subprincípios que lhe conferem maior grau de objetividade. O primeiro deles é a adequação – o meio de escolha se torna adequado quando leva ao fim pretendido –, o segundo a necessidade – a conduta somente deve ser tomada se não houver outro meio menos gravoso ou oneroso para a sociedade – e o terceiro é a proporcionalidade em sentido estrito – pondera-se que as vantagens conquistadas com a prática do ato devem superar as desvantagens.

Na esfera penal, segundo Hassemer, conforme citado por Bitencourt (2022, p. 98), a proporcionalidade é determinante por intermédio de “[...] um juízo de ponderação entre a carga ‘coativa’ da pena e o fim perseguido pela cominação penal”, ou seja, as sanções criminais devem guardar uma relação entre a conduta lesiva e a consequência jurídica dos delitos praticados. De acordo com esse direcionamento, a pena justa deve assegurar as melhores condições de prevenção geral e especial, sendo proporcional ao injusto culpável, posteriormente a análise sob a ótica dos três subelementos, tornando-se eficaz (Prado, 2020, p. 5).

Uma vez explicado o conceito de princípio da proporcionalidade, entende-se que o princípio proíbe o excesso e a deficiência normativa, exigindo-se a análise de possíveis sanções (ou ausência delas) acerca da violência obstétrica na assistência ao parto com base no Código Penal brasileiro.

Para que seja possível prosseguir com a análise, é necessário primeiramente estabelecer o início do parto, a definição mais disseminada indica que se inicia o parto com a dilatação, ampliando-se o colo do útero, a seguir o nascente é impelido para o exterior, caracterizando a fase da expulsão, por fim, a placenta destaca-se e também é expulsa pelo organismo, sendo esvaziado o útero (Bitencourt, 2022, p. 75). Baseando-se nessa informação, pode-se agora analisar os possíveis crimes na assistência ao parto.

Partindo do fato de que as atividades médicas realizadas na assistência ao parto podem atingir em suma o corpo e a liberdade da parturiente, baseando-se sempre no não consentimento ou consentimento viciado acerca das realizações do médico, os atos do agente da saúde podem gerar a lesão corporal e constrangimento ilegal, ademais, em linhas mais amplas discute-se também o emprego da ameaça, injúria, calúnia e difamação.

A lesão corporal está presente no art. 129 do Código Penal e para que ela ocorra é preciso “ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem”, assim para que seja cabível sua aplicabilidade é necessário que a parturiente não tenha autorizado o ato médico realizado – ou que esse consentimento seja viciado – e que o ato em questão tenha afetado a substância corporal. Dessa forma, a cesárea, o uso da episiotomia ou ocitócicos que visam acelerar o trabalho de parto são exemplos de tecnologias que afetam a substância corporal e poderiam se enquadrar no tipo penal, desde que esses atos não sejam consentidos, visto que o consentimento impede que se caracterize a violência a parturiente. Tais lesões podem passar despercebidas para a mulher, pois são acontecimentos rotineiros dentro dos hospitais brasileiros e acabam sendo lidos como banais, todavia atos como a manobra de Kristeller são impossíveis de serem ignorados, uma vez que o ato de subir em cima da barriga da mulher para empurrar o bebê é algo traumatizante, que pode gerar na

parturiente a fratura de costelas, hematomas, hemorragias e prolapso urogenital, enquanto no bebê pode acarretar a fratura de costelas, aumento da pressão intracraniana, hemorragias e sofrimento fetal (Formeti; Cambricoli, 2017). Outro ponto que é necessário abordar, é que a lesão corporal também pode ser desempenhada por omissão, isso ocorre nas circunstâncias em que o profissional da saúde ocupar a posição de garante no que tange o cuidado com a gestante, nos termos do art. 13, §2º, “b” do Código Penal.

O constrangimento ilegal, presente no art. 146 do Código Penal e a violência psicológica contra a mulher, expressa no art. 147-B do Código Penal, se referem à liberdade individual da gestante. O constrangimento ilegal amolda-se nas situações em que a violação não recai sobre a substância corporal, uma vez que ele refere-se a “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido [...] a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda”, assim, como aponta Bitencourt (2022, p. 265) “a liberdade que se protege é a psíquica (livre formação da vontade, isto é, sem coação) e a física, ou seja, liberdade de movimento”. Entretanto, como o tipo pede pela violência física, grave ameaça ou redução da capacidade de resistência, existe a dificuldade em ser empregado, por existir casos em que a gestante ao menos oferece resistência física ou o médico sequer tenta obter o seu consentimento (Siqueira, 2021, 88). Enquanto, de acordo com a violência psicológica contra a mulher recai sobre a sua psique, demandando assim de um dano qualificado referente à liberdade pessoal da vítima, sendo uma possível alternativa ao se tratar da afetação psíquica das gestantes nos casos de violência na assistência ao parto (Camargo, 2021, p. 7).

Por outro lado, ainda de acordo com Camargo (2021), é preciso compreender que os danos psicológicos podem suceder de qualquer ato violento, desse modo se não for diretamente sobre a liberdade pessoal da vítima, qualquer ameaça ou injúria poderá resultar em trauma e prejuízo psicológico. A ameaça (art. 147, CP), como já tratado anteriormente, é o meio de execução do constrangimento ilegal, porém também é elementar a outros crimes e pode constituir, em si mesma, crime autônomo, assim as falas médicas que induzem a parturiente a realizar um determinado procedimento com falsos argumentos – como a ameaça de morte do bebê se o método desejado pelo médico não for aplicado – ou a ameaça direta de fazer algo com a gestante para que seja possível a realização do procedimento desejado pelo profissional da saúde, resulta em um trauma, independente se o autor possui real intenção em empregar o que foi dito (Spacov; Silva, 2019, p. 7).

No tocante à injúria (art. 140, CP), seria necessário que as ofensas proferidas pelo profissional da saúde atingissem a dignidade e o decoro da gestante, visando o próprio valor social e moral que o indivíduo possui de si mesmo, assim se o médico somente mandar que a gestante se calar, como é comumente feito, não se caracterizaria nesse tipo penal

(Siqueira, 2021, p. 86). Outro problema está nos demais crimes de honra, à calúnia (art. 138, CP) protege a honra objetiva do indivíduo, de acordo com Bitencourt (2022), isto é, a reputação do indivíduo, ou seja, é o conceito que os demais membros da sociedade têm a respeito do indivíduo, relativamente a seus atributos morais, éticos, culturais, intelectuais, físicos ou profissionais, encontrando novamente a barreira em relação ao que é dito pelo médico, já que as humilhações também não se amoldam a essa tipificação. A difamação (art. 139, CP) se assemelha com a calúnia, visto que está ligada igualmente à reputação e estima social, o que por sua vez também impede o seu uso.

Compreende-se assim, que os tipos penais no tocante aos crimes de honra não abrangem de forma eficaz as violências proferidas na assistência ao parto, assim não se amoldam aos tipos penais mencionados. Desse modo, das tipificações descritas, a lesão corporal, o constrangimento ilegal e a ameaça são os crimes que possibilitam a mulher recorrer ao judiciário, ainda que não integralmente.

2.4 DAS LIMITAÇÕES AO PODER PUNITIVO NA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NA ASSISTÊNCIA AO PARTO

A dificuldade de incriminar o médico manifesta-se não somente pela falta de regulamentação em âmbito federal como já dissertado, mas também pela relação hierárquica entre médico-paciente intrínseca na própria legislação, conseqüentemente implicando na relação obstetra-gestante – sendo a exclusão de ilicitude dos procedimentos médicos, em função do médico estar no exercício regular de direito da sua profissão, o exemplo mais claro da disparidade hierárquica.

Os conflitos acerca da incriminação do médico permeiam em suma entre o consentimento da parturiente e o exercício regular do direito da profissão médico. Diante disso, cabe analisar esses pontos visando identificar o cerne do problema.

A relação médico-paciente dispõe, por vezes, da incompatibilidade entre o dever do médico de atuar para a promoção da saúde do paciente e a liberdade individual deste, para a recusa ao tratamento indicado. Todavia, tanto a doutrina quanto a jurisprudência inclinam-se para a compreensão de que o médico possui proteção por estar no exercício regular do direito de profissão do médico, como indica o art. 23, III, do Código Penal, afastando assim o injusto das intervenções médicas realizadas nos corpos dos pacientes (Siqueira, 2021, p. 72).

Outrossim, na eventualidade de existir risco para o paciente, pode o médico recorrer ao estado de necessidade (art. 24, CP) para salvá-lo, mesmo que sem o seu consentimento, baseando-se principalmente no art. 146, §3º, I, do Código Penal, que permite tais intervenções não consentidas (Siqueira, 2021, p. 72). Ademais, nos casos em que o médico

deixar de atuar para salvar a vida do paciente sob seus cuidados, estaria ele agindo contra a posição de garantidor que lhe é imposta pelo Código Penal brasileiro, em seu art. 13, §2º, desse modo, poderia responder penalmente (Costa, 2020, p. 293), visto que a posição de garante determina que o garantidor assuma o dever de evitar o resultado, devendo, por conseguinte, agir sob a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância imposta pela lei, uma vez que o sujeito se colocou voluntariamente nessa posição – seja por decorrência de sua profissão ou demais circunstâncias (Bitencourt, 2022, p. 157).

Em contrapartida ao amparo legal permissivo ao médico, confronta-se com o direito à autonomia do paciente, este direito é uma consequência da garantia de liberdade presente no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, que indica que todos são livres para fazer suas próprias escolhas, além de derivar da dignidade humana, prevista no art. 1º, III da Constituição Federal. Portanto, as intervenções médicas que a gestante será submetida durante o parto devem decorrer do seu consentimento, em seu pleno exercício de decidir por si própria – após ser orientada pelo médico sobre riscos e benefícios dos procedimentos – quais intervenções aceita realizar se necessário for.

Partindo disso, é a autonomia que deveria fundamentar a interferência dos médicos nos corpos dos pacientes, assim, a legitimidade de tais intervenções depende vida de regra da obtenção prévia do consentimento livre e informado do paciente, para que seja afastado, principalmente, os crimes de lesão corporal e constrangimento ilegal (Siqueira, 2021, p. 77). O consentimento da mulher deve ser previamente determinado, posto que, o parto pode colocar a parturiente em maior vulnerabilidade em razão da psique da mulher estar afetada, evidenciando a importância do plano de parto que visa ampliar a autonomia da mulher, dado a imprevisibilidade dos partos, que por vezes demandam de decisões rápidas, contudo muitas das possíveis ocorrências podem ser adiantadas como hipóteses durante o pré-natal (Siqueira, 2021, p. 67).

Seguindo essa linha, o consentimento da gestante é o ponto central da punibilidade no que se refere a violência na assistência ao parto, dado que, qualquer intervenção médica, atinge em suma dois valores do paciente, sua liberdade e o seu corpo, quando estiver ocorrendo o trabalho de parto, ocorre a afetação da integridade corporal da parturiente devido aos medicamentos e demais tecnologias empregadas e, ainda que visando o seu bem-estar, a afetação não será anulada (Siqueira, 2019, p. 169). Nesse sentido, Costa (2020, p. 302) aponta que “[...] não raras vezes, com o objetivo de restabelecer ou melhorar a saúde do paciente, o médico acaba por escolher técnicas que coloquem em perigo de lesão ou até mesmo lesem a integridade física do paciente”, o que só seria um problema, se a gestante não tivesse consentido tais intervenções.

É preciso pontuar que a revogabilidade do consentimento também é cabível, de acordo com Siqueira (2019, p. 226) o consentimento “[...] pode ser revogado livremente pelo paciente até os instantes que antecedem a intervenção, ou, caso esteja consciente, durante a sua execução [...]”, assim, se sua vontade não for respeitada, caberia punir o médico pela interferência indevida no corpo e liberdade da parturiente. Entretanto, como já dissertado previamente, o médico pode se valer do amparo legal para as intervenções que realizar no corpo da gestante, ainda que sem o seu consentimento.

Em suma, a divergência entre a justificativa médica que diz visar pela promoção da saúde da gestante – quando já explicitado diversas vezes que nem sempre as intervenções de fato são saudáveis e/ou indicadas – e a liberdade para a gestante ter autonomia de consentir ou não, ocorre devido a não informação entre obstetra-gestante e consequentemente pelo desrespeito médico pelas vontades da mulher. Ademais, a legislação brasileira possui meios de proteger o médico frente às intervenções não consentidas, refreando as gestantes de buscarem por resoluções para as violências que foram acometidas na assistência ao parto.

Portanto, uma vez que fosse definido obrigatoriedade entre a informação médica e a anuência da gestante para as intervenções, protegeria não somente a paciente, mas também o médico no âmbito jurídico, visto que existe um acordo entre as partes do que pode ou não ser realizado, respeitando-se assim a autonomia da gestante e o direito do médico frente sua profissão.

2.5. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NORTEIA PARA ORIENTAR O TRATAMENTO INDISPENSÁVEL DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NA LEGISLAÇÃO ATUAL

Consoante ao abordado previamente (2.3) e seguindo a linha constitucional, o princípio da proporcionalidade enuncia que é preciso considerar os meios necessários para que não somente os fins desejados sejam atingidos, mas que o fim seja de fato benéfico, observando os três subprincípios a ele intrínsecos – a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. No que tange a esfera penal, o conceito de proporcionalidade determina que a sanção aplicada deve ser proporcional à gravidade do crime praticado. Conforme dissertado, a violência obstétrica – seja na assistência ao parto ou em qualquer outro período da gravidez – não é caracterizada como crime no Código Penal brasileiro, entretanto alguns dos tipos penais existentes no estatuto são utilizados em uma tentativa de solucionar as inúmeras formas de violência que as parturientes podem vir a sofrer durante a realização do parto.

Com base nisso, cabe retomar os subprincípios e analisar se o princípio da proporcionalidade de fato norteia a criação de uma nova norma penal no âmbito da violência obstétrica na assistência à gestante. Sabe-se que as máximas da adequação e da necessidade expressam a exigência de uma realização profunda em relação às possibilidades fáticas, ou seja, a norma exige uma redação que seja pertinente ao caso apontado, garantindo-se, assim, uma pena justa para a vítima, bem como ao responsável pelo dano causado, visando assim sua eficácia (Alexy, 2008, p. 61).

Contudo, tal colocação não é tão simples, uma vez que como indica Alexy, a adequação e a necessidade dizem respeito a uma relação meio-fim, assim, colocando em perspectiva a necessidade, atualmente não existe uma definição concreta do que pode ser caracterizado como violência obstétrica no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo-se necessário aproveitar-se de legislações estrangeiras e publicações acerca do tema para que seja possível compreender a abrangência do que se caracteriza como violência obstétrica em geral.

Partindo desse fato, é deveras necessário a criação de um conceito legal acerca do que seria a violência obstétrica e quais suas formas, uma vez que a falta de tipificação não oferece segurança jurídica para as vítimas, ainda que, como previamente apontado, existam tipificações como a lesão corporal e o constrangimento ilegal que possibilitam a punibilidade em alguns casos de violência e por hora, podem ser suficientes se devidamente aplicadas. Cabe ressaltar que as normas penais hoje existentes possuem lacunas que não abrangem integralmente os tipos de violência que as gestantes e parturientes são acometidas, assim, uma tipificação específica seria benefício a esse grupo.

No que tange à proporcionalidade em sentido estrito, faz-se fundamental lembrar que como Padilha (2019, p.114) aponta, “[...] as vantagens conquistadas com a prática do ato devem superar as desvantagens [...]”, isto é, o subprincípio determina que a solução alcançada deve ser juridicamente a melhor possível. Portanto, a criação de uma norma penal voltada exclusivamente para a violência na assistência ao parto deve necessariamente trazer benefícios às vítimas, evitando uma punição excessiva aos responsáveis pelo dano.

Nesse sentido, analisa-se como um todo a necessidade de criação de novos tipos penais. Não se pode negar que as violências no que se refere a autonomia da gestante, não são amparadas pelo crime de lesão corporal ou de constrangimento ilegal, fazendo-se necessário uma tipificação no que tange as intervenções arbitrárias às gestantes, visto que tal ocorrência é um impedimento ao exercício da autodeterminação. Isso ocorre

especialmente pela falta de esclarecimento médico, visto que, sem o devido esclarecimento, a gestante não exerce sua autonomia para consentir ou não às indicações médicas.

À vista disso, o princípio da proporcionalidade norteia a criação de uma nova norma penal, visando impor ao médico o dever de comunicar previamente o paciente – que nesse caso é a gestante – sobre as intervenções que pretende efetuar. Assim, se executar a intervenção sem o consentimento livre do paciente, haveria uma consequência jurídica específica por ferir a autodeterminação deste, pois como já retratado, a autonomia da mulher e o seu consentimento são majoritariamente ignorados. Com relação às intervenções que afetam a integridade física de forma não consentida ou contrária às vontades da mulher, o crime de lesão corporal qualificada consegue amparar as gestantes, contudo seria indicado a adição de uma derivação no que tange especialmente às gestantes (Siqueira, 2021, p. 90). Na mesma linha, os casos em que não ocorre afetação a substância corporal, mas sim a limitação à liberdade, o crime seria contra a liberdade da mulher, novamente, ainda que abarque a violência, seria indicado uma tipificação que representasse as gestantes.

Portanto, o princípio da proporcionalidade atua como um norte para que além de uma tipificação no que se refere a violência obstétrica com enfoque na assistência ao parto, dentro dos próprios tipos penais já existentes, se faça a inclusão de garantias que assegurem que as violações cometidas durante o parto serão punidas, ademais, se faz necessário a criação de uma norma penal em especial sobre a autonomia do paciente e por consequente, da gestante, dado que, a delimitação específica das violências realizadas para com as gestantes traria maior amparo e segurança jurídica, ainda que dentro de um tipo penal já existente.

Além disso, evita-se a manutenção do estado de deficiência legislativa e, eventualmente, do excesso punitivo para compensar aquela deficiência com penas rigorosas para condutas mais amenas. A regulamentação torna-se, portanto, uma garantia não apenas em favor das parturientes, mas igualmente dos profissionais médicos que realizam tais intervenções.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constata-se assim a necessidade de uma tipificação para determinar o que é a violência obstétrica em caráter federal, dado que a inexistência de uma definição prejudica as violências na assistência ao parto de serem identificadas, ou então, a busca por amparo legal.

No que concerne a autonomia, é inegável a importância do consentimento da gestante, uma vez que seu corpo sofrerá intervenções médicas, porém nem todas elas são

de fato necessárias ou desejadas, pois como apontado ao longo do trabalho, mulheres são submetidas diariamente a procedimentos dolorosos, desnecessários e especialmente, não consentidos, violando seu direito de autonomia e de decidir por si própria, impedindo partos saudáveis, respeitosos e sem traumas.

Portanto, após a análise das práticas de violência na assistência ao parto, pode-se averiguar que em parte, os tipos penais no ordenamento jurídico brasileiro suprem em caráter de responsabilização as violências, uma vez que em linhas gerais a intervenção médica obstétrica não consentida poderá caracterizar, a depender das circunstâncias, tanto uma lesão corporal quanto um constrangimento ilegal, contudo, a inclusão de uma tipificação voltada para a violência das gestantes na assistência ao parto nas normas já existentes, oferecia a segurança jurídica que esse grupo de pessoas busca.

Conseqüentemente, se faz necessário uma tipificação penal de violência obstétrica na assistência ao parto, uma vez que se vier a ocorrer a violência, as gestantes tenham o amparo estatal e possuam formas de recorrer aos seus direitos e os direitos do seu bebê que lhe foram negados e/ou violados durante o parto.

4. REFERÊNCIAS

ADAMI. Carli Thais; GUIMARÃES. Mônica Andréia Carvalho. **VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: Uma abordagem jurídica sobre a violação dos direitos da mulher e sua penalização.** Revista Brasileira de Educação e Inovação da Univel (REBEIS). n. 1, v. 1, Edição Especial, jul./set., 2021. Disponível em: <<https://periodicos.univel.br/ojs/index.php/rebeis/article/view/133/102>>. Acesso em: 20.02.2023.

AGUIAR. Janaina Marques de; D'OLIVEIRA. Ana Flávia Pires Lucas; SCHRAIBER. Lilia Blima. **Violência institucional, autoridade médica e poder nas maternidades sob a ótica dos profissionais de saúde.** Cad. Saúde Pública. 2013; 29(1):2287-96.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARGENTINA. Ley 26.485/2009: **Ley de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.** Buenos Aires, 2009. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/152155/norma.htm>> . Acesso em: 26.03.2023.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial.** São Paulo: Saraiva, 2022. v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial.** São Paulo: Saraiva, 2022. v. 2.

BOWSER, Diana; HILL, Kathleen. **Exploring Evidence for Disrespect and Abuse in Facility-Based Childbirth: Report of a Landscape Analysis.** Boston: Harvard School of Public Health –University Research Co., 2010.

CAMARGO. Beatriz Corrêa. **Violência Psicológica Contra a Mulher: Considerações Necessárias Sobre o Crime do art. 147-B do Código Penal**. IBCCRIM. Out. 2021.

COSTA. Victor Cezar Rodrigues da Silva. **Entre o Dever Especial e a Liberdade Individual: Os Limites Objetivos da Responsabilidade Penal Por Omissão na Relação Médico-Paciente**. DELICTAE, Vol. 5, Nº8, Jan/Jun. 2020.

DINIZ. Carmem Simone Grillo. **Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento**. Ciência e Saúde Coletiva. p 627-637, 2005.

DIP. Andrea. **Na hora de fazer não gritou**. Pública. 25 de março de 2013. Disponível em: <https://apublica.org/2013/03/na-hora-de-fazer-nao-gritou/>. Acesso em: 01.04.2023

FERREIRA. Rui Gilberto. AMARAL. Waldemar Naves do. ALVES. Rosane Ribeiro Figueiredo. FILHO. Gilberto de Matos. VENCIO. Paulo Roberto Cunha. **Ética em Ginecologia e Obstetrícia**. Conselho Regional de Medicina do Estado de Goiás. Conselho Federal de Medicina. 2022. Disponível em: https://www.cremego.org.br/wp-content/uploads/2022/07/Livro_Etica_em_Ginecologia_2022.pdf. Acesso em: 02.05.2023.

FORMETI, Lígia. CAMBRICOLI, Fabiana. **O Ministério da Saúde lança diretrizes contra manobras agressivas em partos**. Senado Federal. 2017. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/533729/noticia.html?sequence=2&isAllowed=y#:~:text=Manobra%20de%20Kristeller,A%20press%C3%A3o%20feita&text=Estudos%20demonstram%20que%20a%20t%C3%A9cnica,%2C%20hemorragias%2C%20sofrimento%20fetal> Acesso em: 05.04.2023

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. **Nascer no Brasil. Inquérito nacional sobre parto e nascimento (2011 a 2012)**. Disponível em: https://nascernobrasil.ensp.fiocruz.br/?us_portfolio=nascer-no-brasil. Acesso em: 26.03.2023.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. **Violência no parto: Na hora de fazer não gritou**. Disponível em: <https://fpabramo.org.br/2013/03/25/violencia-no-parto-na-hora-de-fazer-nao-gritou/>. Acesso em: 26.03.2023.

JESUS. Damásio de. **Direito Penal: Crimes Contra a Pessoa a Crimes Contra o Patrimônio**. ed. 36ª. São Paulo: Saraiva, 2020. vl. 2.

Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 13.05.2023.

MEDINA. Edymara Tatagiba; MOUTA. Ricardo José Oliveira; CARMO. Cleber Nascimento; FILHA. Mariza Miranda Theme; LEAL. Maria do Carmo; GAMA. Silvana Granado Nogueira da. **Boas práticas, intervenções e resultados: um estudo comparativo entre uma casa de parto e hospitais do Sistema Único de Saúde da Região Sudeste, Brasil**. CADERNOS DE SAÚDE PÚBLICA. Abr. 2023.

OLIVEIRA. Lueralica Gomes Souto Maior de; ALBUQUERQUE. Aline. **Violência Obstétrica e Direitos Humanos dos Pacientes**. Revista CEJ, Brasília, Ano XXII, n. 75, p. 36-50, maio/ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde.** Genebra: Departamento de Saúde Reprodutiva e Pesquisa/OMS, 2014. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf>. Acesso em: 01.04.2023.

PADILHA. Rodrigo. **Direito Constitucional.** São Paulo: Método, 2019. 6ª ed.

PALHARINI. Luciana Aparecida. **Autonomia para quem? O discurso médico hegemônico sobre a violência obstétrica no Brasil.** Dossiê Gênero e Ciência: Histórias e Políticas no Contexto Ibero-Americano. 2017.

POLLO. Luiza. **Procedimento que ‘arruinou’ vida sexual de Bela Gil por um ano é indicado em alguns casos: Grávida e ginecologista precisam conversar sobre episiotomia antes do parto.** Jornal Estadão, 05 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/emails/bem-estar/procedimento-que-arruinou-vida-sexual-de-bela-gil-por-um-ano-e-indicado-em-alguns-casos/>>. Acesso em: 05.04.2023

PRADO. Luiz Regis. **Direito Penal Constitucional - A (Des)construção do Sistema Penal.** Rio de Janeiro: Forense. 2020.

RODRIGUES. Diego Pereira; ALVES. Valdecyr Herdy; PENNA. Lucia Helena Garcia; PEREIRA. Audrey Vidal; BRANCO. Maria Bertilha Lutterbach Rike; SOUZA. Rosângela de Mattos Pereira. **O Descumprimento da lei do acompanhante como agravo à saúde obstétrica.** 26, ed. 5570015. 2017. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/tce/a/4Qm774mp8J5P7CTBkVpkFVf/?lang=pt>>. Acesso em: 05.04.2023.

SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e Direito penal da medicina.** São Paulo: Marcial Pons, 2019.

SIQUEIRA, Flávia. **Violência na Assistência ao Parto e o (Des)Respeito à Autonomia da Mulher: O Tratamento Penal das Intervenções Médicas Arbitrárias em Gestantes e Parturientes.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 184. ano 29. p. 55-99. São Paulo: Ed. RT, outubro de 2021.

SPACOV. Lara Vieira; SILVA, Diogo Severino Ramos da. **Violência Obstétrica: Um olhar jurídico desta problemática no Brasil.** Derecho y Cambio Social. n 55, 2019.

UNASUS. **Declaração da OMS sobre taxa de cesárea.** 10 de abr. de 2015. Disponível em: <<https://www.unasus.gov.br/noticia/declaracao-da-oms-sobre-taxas-de-cesareas#:~:text=No%20documento%2C%20a%20OMS%20lembra, revis%C3%A3o%20dessa%20taxa%20considerada%20ideal>>. Acesso em: 01.04.2023.

VENEZUELA. **“Ley Orgánica sobre los derechos de las mujeres a una vida libre de violencia”.** Caracas, 2007. Disponível em: <https://venezuela.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Ley_mujer%20%281%29_0.pdf>. Acesso em: 26.03.2023.

Contatos: rebecamcoutinho@hotmail.com e carlos.naves@mackenzie.br