

A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI MARIA DA PENHA (Nº 11.340/2006) NOS CASOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA; uma análise à luz do silêncio legislativo em face da necessidade da tutela jurídico-estatal às vulnerabilidades sociais, notadamente nas relações de gênero.

Emhely Kuethy Costa Ramos¹
Andressa Alves de Sousa²

RESUMO

As vivências e experiências das mulheres são apesar do decurso temporal e passar dos séculos, condicionadas ao sexo. Nessa seara, diversas são as problemáticas que perpassam o gênero e atingem o cerne de toda construção falocêntrica; a reprodução. O presente artigo visa trazer à baila uma questão tão importante e incisiva nas relações sociais, que embora tenha caracterização sem dúvida criminal, não consta no rol taxativo de dispositivo legal algum, reflexo do lugar e amparo que é dado às mulheres ainda hoje. Neste trabalho, pretende-se discorrer acerca da violência obstétrica em todas as suas nuances e idiosincrasias e incluí-la no dispositivo legal da lei 11.340/2006. A pretensão aludida é de demonstrar a violação do bem jurídico tutelado mais importante; a vida, e como tal feito têm acontecido sem atenção alguma do código penal e demais institutos jurídicos que deveriam se atentar as condições de vulnerabilidades dos grupos marginalizados, objetivando tipificar criminalmente a violência obstétrica no direito penal brasileiro. A metodologia consistiu em pesquisa bibliográfica e o método utilizado foi o dialético explicativo.

PALAVRAS-CHAVE: Violência obstétrica, Mulheres, Tipificação, Crime, Gravidez.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Estado da Bahia - UNEB; Coordenadora de Política e Movimentos sociais do Diretório Acadêmico Luís Gama; Estagiária da Procuradoria Municipal de Cairú-BA. Autora: emhellykuethy@gmail.com.

² Graduanda em Direito pela Universidade do Estado da Bahia – UNEB; Ex coordenadora de Política e Movimentos sociais do Diretório Acadêmico Luís Gama; Estagiária da Defensoria Pública do Estado da Bahia, Coautora: andressa.dsa1@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

As relações de gênero são previamente construídas em nossa sociedade. Os papéis imposto às mulheres, via de regra baseiam-se em sua condição. Todos esses fatores são construídos e perpetuados socialmente, e de igual forma reproduzidos. Diante disso, mulheres são histórica e socialmente condicionadas a performar a feminilidade de acordo com o que lhe é imposto, tendo as suas vontades relegadas, nesse contexto, se sobressai a cultural imposição à reprodução, imputando à mulher uma maternidade compulsória.

Mulheres não “escolhem” ser mãe, isto é imposto como o único destino digno possível para a vida delas que um dia simplesmente atenderá a essa profecia autorrealizável, seja conscientemente ou não. Isso é maternidade compulsória. O que é facultativo, na nossa sociedade, é a paternidade.

Longa é a discussão acerca da inércia, obsolescência e omissão legislativa frente às questões de reprodução feminina, desde as disposições que versam sobre esterilização voluntária e os empecilhos estatais às legislações e entendimento acerca de aborto e similares, todos estes simbolizam a coerção estatal em forçar e estimular a maternidade compulsória.

Entretanto, embora haja grande preocupação por parte do Estado em impor a maternidade à mulher, não há por parte deste, amparo algum que viabilize tal situação. Diversas mulheres sofrem durante a gestação diversos tipos de violência que não possuem tutela jurídica, muitas são abusadas desde o pré-natal e violentadas física e psicologicamente, muitas são submetidas a tratamentos desumanos, sendo submetidas a situações vexatórias, constrangedoras e por vezes sujeitadas a dores físicas insuportáveis, que em casos drásticos podem culminar até mesmo no assassinato do bebê durante o parto.

Sabe-se que no nosso ordenamento jurídico brasileiro, a saber, na lei nº 11.340/2006 há previsão legal à inibição à violência contra a mulher. Diante de casos de tamanha violência que incide em todas as esferas da vida, mister se faz a aplicação do disposto na lei Maria da Penha para coibir a violência obstétrica.

Deste modo, pretende o presente artigo propor viabilizações para a tipificação e criminalização expressa da violência obstétrica no rol taxativo do direito penal brasileiro.

2. METODOLOGIA

Trata-se de uma pesquisa de natureza avançada, partindo da premissa de ampliar o conhecimento sobre o assunto trabalhado, conectando ideias de forma a tentar explicar as causas e os efeitos do fenômeno tratado, com aplicação prática prevista que propõe soluções imediatas aos problemas da sociedade, realizada através do uso do método científico dialético, no qual só se é possível entender a particularidade do objeto em estudo articulando-o à totalidade social.

O objeto de estudo da pesquisa é o explicativo, pois busca compreender o fator causa do fenômeno; e o procedimento utilizado a revisão bibliográfica e documental, para isso, foi realizada uma busca bibliográfica e legislativa, a partir dos mais variados campos de pesquisa, utilizando-se livros, artigos científicos e teses, além de depoimento verbal por meio de entrevistas com mulheres que estão ou já estiveram gestantes. Para o desenvolvimento do presente estudo, foi realizada uma abordagem qualitativa, constituindo-se em uma pesquisa aplicada, de caráter descritivo.

3. DESENVOLVIMENTO

3.1. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA; CONTEXTUALIZAÇÃO NUM RECORTE DE GÊNERO.

De início, cumpre salientar o que é gênero, qual o seu conceito e relevância dentro dos atuais debates sociais, sobretudo, no que se refere à reprodução, cerne da nossa discussão.

Dentro da sociedade, no exercício da esfera pública ou privada, os papéis se desenham em face de uma diferença cultural; as relações de gênero. Isso quer dizer que os seres humanos desempenham determinadas funções de acordo com o comportamento que se espera em função do seu sexo biológico. Essa é a premissa essencial para uma compreensão pragmática do que vem a ser as imposições patriarcais impostas às mulheres.

A filósofa Simone de Beauvoir é a mais conhecida autora que desde décadas atrás se dedica a entender o gênero e sua repercussão social, em sua obra “O segundo sexo”, a autora fala sobre como a mulher é relegada socialmente em razão do seu sexo, e como essa subordinação constrói o gênero. Em suma, ela afirma que a mulher é o segundo sexo, pois o primeiro é o homem, e estando socialmente subordinada à este, assume o *status quo* de segundo lugar.

Dentro dessas constatações, a filósofa traz questionamentos que são incisivos ainda nos dias de hoje e nas construções sociais que vigem na contemporaneidade;

“A humanidade é masculina, e o homem define a mulher não em si, mas relativamente a ele; ela não é considerada um ser autônomo.” (BEAUVOIR. Simone. 1949. O segundo sexo).

É com base nesse entendimento que a autora diz que “Ninguém nasce mulher; torna-se mulher.” Isso significa que as pessoas nascem e são apenas seres-humanos, as construções sociais revestidas de machismo, num contexto patriarcal e falocêntrico constroem o gênero, impondo às mulheres comportamentos específicos que não levam em conta a sua vontade, liberdade ou domínio sobre o próprio corpo.

Prova disso é a ideia de que a função da mulher é a reprodução. Esse pensamento anula toda autonomia feminina e transforma as mulheres em objeto de passagem que possuem apenas a função de perpetuar a espécie. Isso ofende os princípios basilares do direito fundamental e vai de encontro com a dignidade humana.

Autores renomados, dentro do direito penal, personificam o discurso de Simone de Beauvoir e definem o que deve se esperar da mulher, retirando-a sua autonomia e relegando-a a um segundo sexo, subordinado ao homem, a exemplo de Magalhães Noronha, que escreve;

“As relações sexuais são pertinentes à vida conjugal, constituindo direito e dever recíproco dos que casam. O marido tem direito à posse sexual da mulher, ao qual ela não pode se opor. Casando-se, dormindo sob o mesmo teto, aceitando a vida em comum, a mulher não se pode furtar ao congresso sexual, cujo fim mais nobre é o da perpetuação da espécie.” (Direito penal, v. 3. São Paulo: Saraiva, 27. Ed.,2003)

Para além de pensamentos como o acima transcrito, a maternidade compulsória não se esgota na doutrina. A legislação e Estado imputam a mulher a obrigação de reproduzir, prova disso é a lei nº 9.263/1996 (lei de planejamento familiar) que ao dispor sobre esterilização voluntária, prevê que a laqueadura em mulheres seja

realizada apenas quando maiores de 25 anos, com no mínimo 2 filhos e mediante autorização do marido, não levando em consideração em momento algum a autonomia feminina sobre seu próprio corpo. Além da lei 9.248/1940 (Código Penal), nas disposições feitas no art. 124 acerca do aborto.

Tais imposições condicionam a mulher a assumir o papel reprodutor, coercitivamente lhes imputando a maternidade sob um discurso falido de que a mulher tem predisposição natural a ser mãe.

Há de se atentar que a gravidez, imposta coercitivamente ou cultuada de forma inerente, planejada ou não, querida ou não, reflete de forma expressa como se dão as relações de gênero, de forma orgânica dentro de uma estrutura social.

Não extingue-se, portanto, nas explanações aqui feitas, os casos em que mulheres optam por ser mães. Há de ser levado em conta que inúmeras mulheres (por condicionamento social ou não), sonham com a maternidade. Não extingue-se os casos de inúmeras mulheres que planejam uma gravidez, que tentam por anos alcançar uma gestação e que põe em tal feito toda sua realização pessoal.

Salienta-se inclusive, que nestes casos, a violência sofrida nas situações obstétricas atingem proporções ainda mais dolorosas.

Uma vez analisada a preocupação jurídico-estatal em impor às mulheres a maternidade. Presume que de igual forma, haveria preocupação com relação à saúde física e psicológica dessas mulheres num período tão particular como a gravidez. Contudo, isso não ocorre.

Durante a gravidez, desde a descoberta até o pós-parto, as mulheres são submetidas a tratamentos criminosos, sem amparo legal algum, sofrendo violências que violam de forma grosseira os direitos humanos, tendo sua saúde comprometida e passando por traumas sem precedentes.

Via de regra, a violência obstétrica é um termo utilizado para caracterizar os abusos físicos e psicológicos sofridos por mulheres nos serviços de saúde durante o período gestacional, sobretudo, na hora do parto.

Esses abusos variam, mas podem ser configurados como a proibição de um acompanhante no momento do parto, obrigando a mulher a passar pelo trabalho de

parto sozinha, sem a presença do parceiro ou qualquer amigo ou familiar, o que atinge a sua subjetividade, principalmente por se tratar de um momento de tamanha sensibilidade. Proibir que uma mulher esteja acompanhada nesse momento, é violentá-la de forma direta.

Outra caracterização da violência obstétrica é a manobra de Kristeller, que consiste na aplicação de pressão na parte superior do útero com o objetivo de facilitar a saída do bebê, em alguns casos, para “aplicar a devida pressão” enfermeiras sobem em um banco e pulam na barriga da grávida, ou sentam-se sobre a barriga da gestante, tal ato causa um sentimento de pânico na mulher que já está em uma situação delicada, o que pode culminar em um severo dano físico além do dano psicológico. Na cidade de Valença, no interior da Bahia, há relato de uma mulher que durante o parto teve a sua costela fraturada mediante a manobra de Kristeller, e embora alarmante, não é um dado que se restringue apenas a esse município.

Outro abuso considerado como violência obstétrica é a episiotomia, que consiste num corte que é feito bem na abertura do canal vaginal, o bisturi corta pele, músculos, nervos e vasos da vulva e da vagina, que em seguida são costurados. Esse procedimento pode ser necessário em alguns casos bem específicos a depender do tamanho do bebê ou a necessidade do uso de fórceps, contudo, tem sido praticado pelos médicos sem a mínima necessidade, sendo uma clara violação ao corpo da mulher. A OMS (Organização Mundial da Saúde) afirma que o procedimento é crucial somente entre 10% a 15% dos partos normais, entretanto, o corte é feito no Brasil em cerca de 53% dos casos, segundo o “Nascer no Brasil - Inquérito Nacional Sobre Parto e Nascimento”, realizado pela Fiocruz (Fundação Oswaldo Cruz). Os relatos de mulheres que foram submetidas a esse tratamento mostra o quão violento é o procedimento;

"Lembro que estava na fase expulsiva latente do trabalho de parto, quando a cabeça do bebê já aparece, e vi a médica pegando o bisturi. Ela falou 'mãezinha, eu vou te ajudar para não demorar muito'. Não deu tempo de dizer nada, ela avisou e me cortou. Foi muito mais do que uma violência física, mas significou que eu não tinha capacidade, que não conseguiria fazer meu filho nascer sem aquela 'ajuda'. Senti dor durante um ano e até hoje, dois anos e meio depois, a região da cicatriz arde depois do sexo. Não sei quantos pontos foram. Quando perguntei, disseram que 'não era algo importante e que eu tinha que me preocupar em cuidar do meu bebê'. Tenho medo, não tenho mais liberdade com meu próprio corpo, é um desconforto muito grande. Estou grávida novamente e quero parto normal mais uma vez. Mas meu trauma é tão grande, que peguei pavor dos médicos, troquei por várias vezes durante o pré-natal. Vou para outro

hospital e estou me apegando ao pedido expresso no plano de parto e ao empoderamento interno que eu e meu parceiro adquirimos depois do absurdo que aconteceu", Denise, 21 anos

Outro abuso que se incide na violência obstétrica é o exame de toque frequente que é a análise pélvica que avalia a estrutura da vagina e do colo do útero. Para realizar o procedimento o profissional de saúde introduz os dedos indicador e médio, sempre cobertos por luva descartável, na vagina da mulher. Embora esse ato ajude a detectar problemas, a sua prática reiterada pode vir a ser um abuso físico e sexual. Diversas mulheres relatam que durante o acompanhamento médico e pré-natal, sentiram-se abusadas pelo médico que manualmente tocavam as suas vaginas, muitas das vezes sem a menor necessidade.

Configura-se também como violência obstétrica a tricotomia, que consiste na raspagem dos pelos pubianos no momento do parto, essa prática além de submeter às mulheres a uma situação constrangedora pode causar lesões desnecessárias, principalmente porque a raspagem dos pelos não interfere no parto, não havendo justificativa para sua prática.

A lavagem intestinal também figura um abuso caracterizado como violência obstétrica, nesse procedimento, se insere água morna filtrada e purificada através do ânus, permitindo eliminar as fezes acumuladas e as toxinas do intestino, esse procedimento, embora indicado no preparo para algumas cirurgias, não é de fato necessária nos trabalhos de parto, a sua prática apenas submete às mães a um constrangimento sem limites, violando não só a sua saúde física externa, como também a interna.

Uma prática que embora comum é de extrema violência, é a cesárea sem indicação ou a estipulação de datas para o parto que seja melhor para o médico. Além de outras situações como negar alimentação e até mesmo água para mulheres em trabalho de parto, que podem passar o dia inteiro nessa situação, passando fome, sede e sem nenhum acompanhante por perto.

No município de Valença no interior da Bahia, os relatos de abusos médicos são desesperadores, o tratamento destinado às mulheres grávidas é desumano. Quando colhido depoimentos de mulheres e questionado as suas experiências com a gestação e parto, foram relatados casos bárbaros, num dos relatos, foi dito que uma

mulher não alcançou a dilatação necessária para a saída do bebê, e o médico pressionou de tal forma que acabou matando-o, a mãe teve que continuar pondo força e realizou o parto normal do bebê que nasceu morto.

Num outro relato, foi dito que uma mulher chegou ao hospital em trabalho de parto e com dores absurdas, e fora posta à espera, quando ouviu do médico que parasse de gritar, pois quando fez o filho não o chamou. Num outro caso, uma outra mulher chegou também em trabalho de parto e ainda assim foi direcionada de volta pra casa, culminando no nascimento do seu filho no meio da rua.

Não restam dúvidas quanto à violência desses procedimentos, é notório que esses casos ferem o dispositivo legal da lei 11.340/2006 que inibe a violência física, psicológica e sexual à mulher. Contudo, não há amparo algum a essas mulheres, não há tutela por parte do Estado para com elas. Qual a penalização que o direito penal reserva a um médico que mata um bebê quando deveria realizar o seu parto? Qual a penalização que sofre enfermeiros que sobem em cima da barriga de mulheres grávidas? Qual penalização sofre médicos que cortam, violam e dilaceram o corpo de uma mulher num momento tão sublime quanto o do nascimento de outra vida? Qual o amparo jurídico, sobretudo penal, dado a essas mulheres vítimas de violência obstétrica e onde se insere dentro do nosso ordenamento jurídico?

3.2. CRIME; CONCEITUAÇÃO.

Requerer uma tutela jurídico-estatal para coibir e penalizar um comportamento imoral e violento, por mais óbvio e coerente que pareça, foge da praticidade devida.

Dessa forma, mister entender as nuances do direito para além da coerção, bilateralidade, heteronomia e afins, a princípio num contexto social. Para isso, faz-se referência ao entendimento doutrinário de Paulo Queiroz ao dizer que o Direito não existe.

Embora cause confusão, essa assertiva é extremamente perspicaz no que diz, uma vez que o Direito não é uma coisa ou substância, não existe ontologicamente, independente da construção que façamos a seu respeito, porque constitui uma criação humana, o Direito não é sólido, portanto, não existe, é apenas um nome que não reenvia a objeto algum mas serve para designar uma multiplicidade de objetos históricos possíveis.

De igual forma, não existem fenômenos jurídicos, apenas uma interpretação jurídica dos fenômenos, pois nada é intimamente jurídico, lícito ou ilícito, mas socialmente construído. No Direito nada é dado, tudo é construído, pois suas raízes se ficam em relações sociais, que como as já elucidadas no tópico acima, formam-se e constroem-se socialmente. É em nós que o direito existe.

Tendo por base essas percepções, torna-se um grande eufemismo supor que o Estado seja a única fonte de direito ou que o direito se esgote no direito legislado, prova disso é o assunto aqui discutido; a violência obstétrica. Uma vez que, em que pese alguns abusos incidam em dispositivos legais existentes a exemplo da violência física e psicológica a mulher prevista na 11.340/2006, ou a lesão corporal prevista no art 129 do Código penal, ou ainda o perigo a vida ou saúde de outrem previsto no art 132 do mesmo Códex, não há nenhuma legislação específica que criminalize esse atitude.

Mediante essa omissão ou silêncio legislativo quanto a criminalização obstétrica, e a necessidade urgente de amparo legal para as mulheres que são vítimas dessa prática, cabe entender o que é o crime e o conceito que lhe é dado pelo direito penal.

Para a doutrina há diversos conceitos de crime, agrupados em diferentes categorias, cada qual com um enfoque diferente e um propósito bem definido. Do ponto de vista doutrinário, a infração penal pode ser definida sob seis aspectos ao menos, quais sejam; formal, material, formal-material, definitorial, analítico e interpretativo.

Formalmente, o crime é somente o que a lei disser que é, já que não há crime nem pena sem lei que o defina como preceitua o princípio da legalidade, sendo assim, do ponto de vista formal, crime é, portanto, todo fato que a lei proíbe sob a ameaça de uma pena. Dessa forma, subtede-se que formalmente a violência obstétrica não constitui crime em razão da inexistência de legislação expressa, sendo possível, contudo, a possibilidade desta ser considerada uma lei penal em branco, em razão de a sua caracterização fazer remissão explícita ou implícita a outros preceitos normativos que suprem superficialmente a omissão.

Do ponto de vista material, crime é uma conduta individual e socialmente danosa, ou gravemente lesiva de bem jurídico. Nessa seara, tomando como base o bem jurídico

tutelado mais importante, qual seja, a vida, e a violação severa que este sofre nos casos de violência obstétrica, pode-se induzir que esta incide dentro do conceito material de crime.

Já o conceito formal-material, reconhece a insuficiência dos critérios formal e material quando considerados isoladamente e os funde em um só, nesse sentido, de acordo com Francesco Carrara;

“A infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, e que resulta de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e socialmente danoso.” (Programa de derecho criminal. Parte general. Bogotá: Editorial Temis, 1978, §21).

O aspecto formal está – principalmente – na expressão infração da lei do Estado, e o material, no ato socialmente danoso. Formal-materialmente, portanto, crime é uma infração especialmente lesiva ao ordenamento jurídico.

Já o conceito definitorial é dado pela teoria do etiquetamento, que entende que o crime é uma construção social arbitrária, resultante dos processos de criminalização primária e secundária, a cargo do sistema de justiça criminal. Nesse sentido, a violência obstétrica deveria primariamente ser criminalizada pela legislação e secundariamente pela penalização ao agente que age com a conduta criminosa.

Para a teoria do delito, que analisa o conceito analítico do crime, trabalha com três conceitos fundamentais: tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Analiticamente o crime é um fato típico, ilícito e culpável, havendo entre tais categorias uma relação lógica de sucessão e prejudicialidade, uma vez que a culpabilidade pressupõe a ilicitude e esta, a tipicidade.

De forma simplória, diz-se que uma norma é típica sempre que se ajuste à descrição prevista numa norma penal incriminatória, um comportamento típico é um comportamento proibido penalmente. Não havendo uma lei que proíba a violência obstétrica, nesses termos, entende-se, portanto que não é um fato típico. Contudo, há de ser levado em conta, retomando o conceito de Paulo Queiroz de que o Direito é construído socialmente, que a lei cria o crime e o criminoso, uma vez que só é crime o que o legislador diz que é. Nisso adentra-se no ponto mais emblemático de toda essa discussão; quem é esse legislador e de qual construção social ele se reveste para eximir-se e omitir-se quanto à violência que mulheres sofrem durante a gravidez e parto? Tendo ficado claro que o direito é feito e não dado, e que ele surge

atrás das mutabilidades sócias, resta evidente a alteração legislativa em alguns dispostos, notadamente no que se refere à tipicidade da violência obstétrica no ordenamento jurídico penal brasileiro.

Frise-se que o tipo é o modelo legal que descreve a conduta proibida penalmente e que a tipicidade é a relação de subsunção lógica entre um fato da vida e este tipo legal de crime, mediante a valoração e interpretação de uma atribuição complexa de diversos aspectos políticos-criminais e dogmáticos, de modo que determine alguns pressupostos, os quais serão pontuados individualmente no tópico 3.4 do presente trabalho.

Ainda no conceito analítico do crime, têm-se a ilicitude, isto é, a contrariedade de determinada conduta ao ordenamento jurídico como um todo, e não apenas no que tange ao direito penal, sendo, portanto, ilícita, toda ação praticada contrariamente ao direito. É o que se verifica em todos os dispositivos que coíbem violência física, psicológica e sexual à mulher, por exemplo. Além da culpabilidade, que consiste nas condições subjetivas que devem concorrer para que o autor de determinada conduta seja merecedor de pena.

Finalmente, cabe falar de um conceito interpretativo de crime, a qual reafirma que não existem fenômenos criminosos, típicos, antijurídicos e culpáveis, mas uma interpretação criminalizante, tipificante, antijuridizante e culpabilizante dos fenômenos, de acordo com as contribuições de Nietzsche e Becker.

Diante das explanações conceituais acima, verifica-se que materialmente a violência obstétrica é um crime, contudo, analiticamente não tipificado, dessa forma, pretende-se com base na teoria do delito, incidir os abusos que configuram-se como violência obstétrica dentro da devida tipicidade, demonstrando sua ilicitude e culpabilidade.

Ressalte-se que dentro da lei 11.340/2006 há um amparo jurídico expresso às mulheres, coibindo a violência e demais abusos, entretanto, não há nesse dispositivo a previsão de uma penalização que se adeque ao agente criminoso nos casos de violência obstétrica, motivo pelo qual a aplicação da lei Maria da Penha é sugerida de forma subsidiária, pois representa uma legislação de grande avanço ao direito das mulheres, e que caracteriza os abusos aqui discutidos como violência doméstica. Não esgotando-se a necessidade de uma penalização que leve em conta

as singularidades desta conduta, justificando assim a necessidade da inserção desse crime de forma tipificada no rol taxativo da lei 2.848/1940.

3.3. DISPOSITIVOS LEGAIS DE AMPARO À MULHER E A INCIDÊNCIA DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NA LEI 11.340/2006.

Sancionada no dia 07 de agosto de 2006, a Lei Maria da Penha é um importante marco jurídico à proteção do corpo da mulher vítima de violência doméstica e familiar. Reforçando os direitos fundamentais constitucionais de igualdade de gênero e assegurando a preservação da saúde física e mental da mulher em suas disposições preliminares, a Lei garante em seu artigo 3º:

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Podemos observar no artigo supracitado que, apesar da legislação garantir essa proteção à mulher, não há uma previsão específica e razoável no que tange à saúde feminina, apenas citações perfunctórias que não penalizam a prática abusiva e violenta obstétrica.

Contudo, ainda assim, essa legislação é perspicaz nas suas disposições acerca da inibição à violência a mulher, que ao preceituar o que infere-se na violência a mulher, insere implicitamente em seu rol taxativo a violência obstétrica;

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como **qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;**

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; (Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018)

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; **ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;**

Nota-se no disposto acima, que muito embora omissa quanto à penalização ao agente médico que viola a mulher gestante, a legislação, por meio da lei Maria da Penha, traz em seu rol abusos que incidem na violência obstétrica como forma de violência doméstica e familiar, notadamente no artigo 7º acima transcrito.

A omissão do Estado em tipificar a violência obstétrica e imputar ações penais a responsáveis pela prática em instituições de saúde e hospitalares, é mais uma demonstração da ineficácia da legislação brasileira para a equidade das questões de gênero, eis que as políticas públicas não suprem a proteção ao corpo feminino como deveria acontecer.

Muito embora a Lei Maria da Penha, traga consigo previsões de medidas a serem tomadas por mulheres vítimas de violência doméstica, quando aplicadas especificamente à violência obstétrica, estas não se tornam tão eficazes em razão da particularidade da matéria.

Em que pese, os dispositivos legislativos nacionais versem e admitam a ilicitude em casos de violência à integridade da mulher, essa condição é bem simplória, a exemplo, no artigo 129 do Código Penal que aduz:

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:
Pena - detenção, de três meses a um ano
§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

Cita-se também, o artigo 132 do CP versa por “expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente”, com pena de detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

Verifica-se que a ilicitude da ação aqui discutida é visível e incontestável, contudo, o direito penal falha e se silencia ao tipificar de forma expressa, prevendo a devida penalização a quem comete essa conduta – sem dúvida – criminosa.

Outrossim, não há como apartar-se da responsabilidade em assegurar às gestantes assistência pré e pós-parto, até porque, em condições biopsicossociais e fisiológicas as quais estão inseridas durante o ato, o consentimento e o discernimento são, muitas vezes, contrariados.

Ora, entendendo a violação da autonomia, dos direitos reprodutivos, sexuais e da mulher, o abuso físico e psicológico enfrentado durante o período da gestação e a negligência dos responsáveis, como não há uma medida apta a amparar de forma específica quem teve em seu momento íntimo violado por descaso e relações abusivas, inferiorizando a mulher grávida e atingindo sua integridade física e mental?

Desconsiderar a violência ocorrida em corredores hospitalares, salas de parto e macas em maternidades é invisibilizar e negar o direito legítimo das mulheres vítimas de tais abusos obstétricos, normalizando uma prática dolorosa e enraizada na cultura patriarcal que silencia a vítima e não pune autores.

Diante da omissão legislativa frente a ilicitude da conduta aqui discutida, e a urgente necessidade da devida culpabilização, urge a necessidade da tipificação expressa da violência obstétrica no Código Penal brasileiro.

3.4. TIPIFICAÇÃO DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA.

O juízo sobre a tipicidade de um comportamento encerra, em verdade uma valoração que visa determinar alguns fatores específicos, a doutrina é uniforme ao versar sobre os pressupostos da tipicidade. O curioso, contudo, é que embora, de acordo com as características exigidas pela doutrina, a violência obstétrica se enquadre no necessário para um fato típico, não há a sua tipificação expressa na nossa legislação.

Com base nisso, de acordo com os ensinamentos doutrinários, aliado a urgente necessidade da tipificação da violência obstétrica, uma vez demonstrado que esta cumpre com a definição necessária para a caracterização de um crime, a incluiremos nos pressupostos que determinam um fato típico, a saber;

1) Quanto ao tipo penal;

Violência obstétrica - Violentar de forma física, sexual ou psicológica a mulher em situação gestacional e no momento do parto, destinando-a tratamento humilhante. Utilizando para isso práticas médicas abusivas a exemplo da manobra de Kristeller, episiotomia, lavagem intestinal desnecessária, tricotomia, ou ainda, fazendo-a esperar ociosamente, ou desrespeitando o processo humano de dilatação. Incide

nessa prática, o abuso manual no exame de toque durante o pré-natal, e qualquer comentário desrespeitoso e vexatório por parte de qualquer membro da equipe médica a mulheres que durante a gravidez buscam o serviço de saúde.

2) Conformidade do tipo penal à Constituição;

A Constituição Federal prevê no art. 226 a vedação a violência no âmbito das relações sociais, estando dessa forma, consoante com a pleiteada tipificação da violência obstétrica;

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Resta existente a conformidade necessária entre o tipo penal e a Carta Magna.

3) Âmbito de proteção e incidência do tipo penal;

Essa determinante da tipificação visa deliberar o que de fato essa tipificação proíbe e não proíbe, quando aplicada à violência obstétrica, têm-se que as práticas médicas que eventualmente causam lesão a exemplo das já mencionadas (manobra de Kristeller, episiotomia, lavagem intestinal, tricotomia, cesárea forçada, dentre outros), ocorram somente quando comprovadas a sua real necessidade mediante relatório médico, caso não haja real necessidade, será considerado abuso, bem como qualquer tratamento humilhante ou constrangedor destinado a mulheres grávidas desde o pré-natal até o parto, que variam de comentários misóginos à proibição de acompanhante e alimentação ou água.

4) A criação de um risco proibido juridicamente relevante;

O risco proibido é o desvalor da ação e a criação de um perigo reprovado pelo ordenamento. Têm-se como óbvio que o bem jurídico (penal) é todo valor ou interesse (individual ou coletivo) legitimamente protegível penalmente, nesse sentido, sobressai-se a vida. Não restam dúvidas de que a vida da mulher e também do bebê em seu ventre sofre uma infração direta quando violados obstetricamente. Para além disso, sabe-se que a legislação é incisiva ao coibir a lesão corporal e a violência à mulher. Dessa forma, a conduta aqui discutida cria sem dúvidas um risco

proibido juridicamente relevante no que concerne à causalidade e imputação objetiva.

5) Conduta significativa

Esse pressuposto finca raízes no princípio da insignificância. O princípio da insignificância conduz à atipicidade material em caso da irrelevância penal do fato. Nesse contexto, diante de uma infração bagatela, o julgador poderia deixar de aplicar o direito penal para não atribuir injustamente responsabilidades penais a casos de inexpressiva relevância social. Entretanto, não é disso que se trata a presente questão, a violência obstétrica constitui uma conduta violenta e de extremo abuso que perpassa diversas esferas humanas, desde a psicológica e emocional à física, representando um risco a vida e a saúde, o que é mais que necessário para figurá-la como uma conduta de extrema significância.

6) A que título o fato é punível;

Essa determinante se refere a uma conduta dolosa ou culposa, validando-se na imputação subjetiva. Quando aplicada a questão aqui discutida há de ser levado em conta todas as elucidações já feitas acerca da violência obstétrica, vez que pauta-se numa questão de gênero e se insere na definição penal de razão de condição de sexo feminino. Levando em conta também que não há uma conduta específica pra violência obstétrica, pois vários abusos incidem na sua conceituação. Dessa forma, presumir a tipificação mesmo culposa requer alguma cautela, vez que alguns comportamentos não admitem uma intenção culposa, a exemplo de falas desrespeitosas, humilhantes e misóginas que são previamente calculadas e intencionais, e causam danos sem precedentes à mulher em condições ainda mais vulneráveis.

Nesse sentido, entende-se que presumir tipificação dolosa e culposa para a violência obstétrica requer uma análise minuciosa no abuso e conduta praticada. Por exemplo, não admite-se que não seja intencional a conduta criminosa de um médico que recebe no hospital uma mulher em trabalho de parto e após destrata-la a direcione para casa induzindo-a a ter o bebê no meio da rua, presumindo apenas uma atitude dolosa nesse caso. Contudo, pode um médico de forma culposa, em razão da dilatação não obter sucesso no parto e culminar em prejuízo para a vida do

bebê, desde que não verificado nenhum abuso na situação, pode-se admitir uma conduta culposa.

De sorte, com relação à imputação subjetiva, têm-se que na aplicação aos casos de violência obstétrica requer-se uma análise específica do abuso praticado.

7) Consentimento do ofendido;

Esse pressuposto deve levar em conta sobretudo um fator extremamente incisivo; a hipossuficiência técnica. Isso porque, trata-se de uma relação de uma mulher grávida e um médico ou médica. Essa mulher pode ou não auferir algum conhecimento medicinal, contudo, trazendo para uma realidade próxima, sobretudo no sistema público de saúde onde a violência obstétrica é mais frequente, tratam-se de mulheres com poucos recursos financeiros e pouca instrução. Isso verifica-se de forma clara na falta de auto-reconhecimento das mulheres como vítimas de determinados abusos e violações.

Requerer consentimento de uma mulher em situação vulnerável é presumir que ela esteja ou seja apta para consentir, o que não se pode presumir. Uma mulher em trabalho de parto não possui nem sequer autonomia pra discordar de uma eventual episiotomia ou tricotomia. Dessa forma condicionar o texto legal a um consentimento da vítima, ignora fatores sociais gritantes, como a falta de autonomia ofertada à mulher durante o parto, bem como a falta de informação destas para reconhecer algumas práticas como abuso.

Não anula, portanto, a conduta criminosa, ou serve de atenuante para com esta, o suposto consentimento da vítima.

8) Excludentes de ilicitude;

O excludente de ilicitude está previsto no artigo 23 do Código Penal, que exclui a culpabilidade de condutas ilegais em determinadas circunstâncias.

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - em estado de necessidade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - em legítima defesa; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Embora as excludentes representem um instituto necessário ao direito penal, quando aplicados ao assunto aqui discutido, há de ser analisado de forma extremamente cautelosa.

Insta salientar, que os agentes criminosos no crime de violência obstétrica deveriam estar cumprindo com um dever legal, vez que esse status reserva-se à médicos e demais profissionais da saúde, responsáveis por assistir as mulheres gestantes e realizar o seu parto.

Dessa forma, não há como permitir que estes se revistam de uma previsão legal para justificar uma conduta criminosa. Não admite-se que abusos e violências sejam destinadas a mulheres grávidas sob a premissa de que os algozes que lhe violentam estão cumprindo um dever, pois o dever profissional não se expande ao dever de anular a autonomia feminina. Não admitindo-se, portanto, excludentes de ilicitude para violência obstétrica.

9) Condição legal do agente

Essa determinante diz respeito a autoria, coautoria e participação. Autor é quem pratica o crime, quem violenta a mulher, quem corta a sua linha do períneo, quem, pula em sua barriga, quem lhe manda de volta pra casa mesmo estando em trabalho de parto. Às vezes temos mais de um autor, nesse caso, chamamos de co-autores. Os co-autores podem ter a mesma ou distintas participações, aplica-se a quem se envolve no trabalho de parto ou na assistência médica e de forma similar comete abusos à mulher grávida. Há também a figura do partícipe, este é quem ajuda, por exemplo, quem, sabendo das intenções do autor e presta algum tipo de ajuda, se aplica a toda equipe médica que sabe por exemplo a forma como o médico trata as pacientes e é consoante com este.

10) Aplicação à pessoa jurídica.

Esse pressuposto é extremamente perspicaz no que tange à violência obstétrica, por uma razão lógica; pode o hospital ou clínica ser responsabilizado pela violência obstétrica cometida dentro das suas dependências?

Para isso, há de se levar em conta o disposto na lei 11.340/2006, que diz;

Art. 9º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso.

§ 4º Aquele que, por ação ou omissão, causar lesão, violência física, sexual ou psicológica e dano moral ou patrimonial a mulher fica obrigado a ressarcir todos os danos causados, inclusive ressarcir ao Sistema Único de Saúde (SUS), de acordo com a tabela SUS, os custos relativos aos serviços de saúde prestados para o total tratamento das vítimas em situação de violência doméstica e familiar, recolhidos os recursos assim arrecadados ao Fundo de Saúde do ente federado responsável pelas unidades de saúde que prestarem os serviços.

Pelo disposto acima, depreende-se que aquele que causar dano à mulher, não é obrigatoriamente responder pelos danos causados. Sobre isso, o Código Civil não deixa margem quanto à incidência do dano moral;

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A constituição também traz previsões expressas, havendo disposição inclusive para com o dano à imagem, o que abrange as discussões acerca do dano estético;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

Diante dessas explanações resta evidente que a instituição de saúde que consente, permite, tolera ou detém em suas dependências profissionais que cometem violência obstétrica devem responder civilmente pela anuência, inclusive por indenização pecuniária. Isso contudo, não exime a responsabilidade individual do agente que realizou a conduta criminosa em responder penalmente pela infração cometida.

Estando aqui esmiuçadas as principais determinantes para auferir tipicidade a alguma conduta, resta claro que, uma vez atendido todos os pressupostos, a violência obstétrica corresponde a uma atitude criminosa, que atente os requisitos da teoria do delito no conceito analítico do crime.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se diante das explanações aqui feitas, que o gênero enquanto construção social traz efeitos extremamente nocivos, sobretudo às mulheres. As relações humanas, revestidas de construções que são formadas e construídas socialmente, permeiam as vivências e tudo que advém dela, interferindo e interligando fatores como gestação e reprodução à legislação e tutela jurídico-estatal ou amparo penal.

Segundo a OMS (organização mundial da saúde), no ano de 2019, 7,2 mil mulheres engravidaram. Também segundo a OMS, 90% das mulheres que realizam trabalho de parto sofrem alguma violência obstétrica, entretanto, muitas nem sequer se reconhecem como vítima. Isso reflete não só o fato de que mulheres são culturalmente abusadas a ponto de nem identificar uma atitude abusiva, como também a falta de amparo e preocupação com a vida e saúde dessas mulheres, o que vai de encontro com todas as previsões expressas na lei 11.340, a saber a Lei Maria da Penha.

Destarte, embora a incidência de alguns dos abusos que se inserem na caracterização da violência obstétrica em alguns dispositivos legais e a possibilidade de se enquadrar em algumas previsões jurídicas, como dano estético, lesão corporal, ou perigo à saúde de outrem, não há preocupação nenhuma do legislador em tutelar as mulheres que são vítimas constantes de uma atitude tão hostil.

Sabe-se que o direito não é uma vanguarda vez que nunca vem à frente. Ele está sempre atrás das mudanças que surgem de acordo com as mutabilidades das relações sociais, bem como sabe-se que o direito não se esgota no direito legislado. Diante disso, urge a necessidade da atenção do direito penal para essa problemática, e sua inserção no rol taxativo do Código penal mediante o amparo subsidiário na lei maria da penha, que, como analisado, caracteriza a violência obstétrica como violência doméstica.

De acordo com o conceito dado pelo direito penal ao que é crime, notadamente no que tange ao seu conceito analítico, surge a necessidade da tipificação da violência obstétrica e comprovação da sua ilicitude e culpabilidade. Uma vez demonstrado que esta se insere nos 11 pressupostos de tipicidade, bem como esclarecido que se trata de uma prática sem dúvida ilícita uma vez que a legislação veda os comportamentos praticados em diversos dispositivos legais, a exemplo da lei 11.340/2006, a lei 2848/1940, a lei 10.406/2002, entre outros, e demonstrada a necessidade de culpabilizar médicos, enfermeiros, hospitais e clínicas que violentam

mulheres no momento de gestação e parto, fazendo-se valer do processo de criminalização secundária, visando penalizar o agente que pratica a conduta criminosa, conforme elucidado nos tópicos acima, resta incontroversa a urgente necessidade de criminalizar a violência obstétrica. Utilizando o amparo legislativo dado pela lei maria da penha de forma a inseri-la no rol taxativo da lei 2.848/1940.

5. REFERÊNCIAS

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA CASA CIVIL. **Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Planalto Central, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 mar. 2020

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA CASA CIVIL. **Decreto-Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Lei Maria da Penha. Planalto Central, 7 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: Parte Geral. 13^a. ed. atual. Salvador Bahia: Juspodivm, 2018. 635 p. v. 1.

RAMOS, Emhely Costa. A inércia legislativa frente à necessidade de avanços políticos e sociais nas questões de gênero. **Anais - Join**, Salvador Bahia, 6 set. 2019. Disponível em: <https://www.editorarealize.com.br/revistas/joinbr/resumo.php?idtrabalho=314>. Acesso em: 17 mar. 2020.

Pesquisa: Riesco, M. L. G., Costa, A. D. S. C. D., Almeida, S. F. S. D., Basile, A. D. O., & Oliveira, S. M. J. V. (2011). **Episiotomia, laceração e integridade perineal em partos normais: análise de fatores associados**. Rev enferm UERJ, 19(1), 77-83.

BRASIL. Palácio do Planalto. **Decreto-Lei n. 9.263 de 12 de janeiro de 1996**. Diário Oficial. Distrito Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm. Acesso em: 14 março. 2020

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher**. Revista Sequência, v. 26, n. 50, 2005. Disponível em: Acesso em: 02 mai. 2018.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

TINÉ, Luísa. Você sabe o que é violência obstétrica?. **Promoção da saúde**, Brasil, 24 nov. 2017. Disponível em: <http://www.blog.saude.gov.br/index.php/promocao-da-saude/53079-voce-sabe-o-que-e-violencia-obstetrica>. Acesso em: 17 mar. 2020.

BEAUVOIR, S. **O segundo Sexo**: Fatos e Mitos. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1980

BEAUVOIR, S. **O Segundo Sexo**: A Experiência Vivida. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1980

BEAUVOIR, S. **O Pensamento de Direita**, Hoje. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1972