

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO
KETYLAH BONELLI BESSA**

**ANÁLISE DA PORTARIA N° 2.561/2020 E SUA (I) LEGALIDADE NO QUE TANGE
O DIREITO AO ABORTAMENTO NOS CASOS DE VIOLÊNCIA SEXUAL**

**RUBIATABA/GO
2021**

KETYLAH BONELLI BESSA

**ANÁLISE DA PORTARIA N° 2.561/2020 E SUA (I) LEGALIDADE NO QUE TANGE
O DIREITO AO ABORTAMENTO NOS CASOS DE VIOLÊNCIA SEXUAL**

Monografia apresentada como requisito parcial
à conclusão do curso de Direito da Faculdade
Evangélica de Rubiataba, sob orientação do
professor especialista Lincoln Deivid Martins.

**RUBIATABA/GO
2021**

KETYLAH BONELLI BESSA

**ANÁLISE DA PORTARIA N° 2.561/2020 E SUA (I) LEGALIDADE NO QUE TANGE
O DIREITO AO ABORTAMENTO NOS CASOS DE VIOLÊNCIA SEXUAL**

Monografia apresentada como requisito parcial
à conclusão do curso de Direito da Faculdade
Evangélica de Rubiataba, sob orientação do
professor especialista Lincoln Deivid Martins.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM 03 / 09 / 2021

Professor Especialista Lincoln Deivid Martins
Orientador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Professor Especialista Lucas Santos Cunha
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Professor Especialista Fernando Herbert Oliveira Geraldino
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

A Deus, minha mãe, meu irmão e ao meu professor orientador Lincoln Martins, por todo apoio.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por tudo e por tanto.

Aos meus familiares, em especial a minha mãe Elaine, que com todo amor e cuidado, sempre me incentivou, acreditando que eu poderia ir muito além do que eu mesmo acreditei, ao meu irmão Kenneth, sem ele, esse sonho jamais se tornaria real e ao meu pai Evandro, pelo suporte financeiro.

Aos meus professores, por toda dedicação e conhecimento transmitido nesses 5 anos de curso, em especial ao meu orientador, professor Lincoln Martins, um profissional de excelência, que com muito cuidado e profissionalismo, me ajudou a concluir esse trabalho.

Aos meus padrinhos, José Maria e Maria José, que sempre estiveram ao meu lado, me amando e me incentivando.

Aos meus amigos, todos eles, que estiveram ao meu lado, nos momentos felizes e difíceis dessa trajetória acadêmica.

Gratidão! Sem vocês, talvez eu não tivesse chegado ao fim desse ciclo. Vocês fizeram com que essa caminhada fosse linda e inesquecível.

RESUMO

O objetivo desta monografia é trazer a baila uma discussão sobre a (i) legalidade da Portaria nº 2.561/20 do Ministério da Saúde, que regulamenta o processo para o aborto nos casos de violência sexual. Para atingir o objetivo desse estudo, foi feito uma pesquisa bibliográfica em doutrinas no âmbito penal, bem como a Constituição Federal e o Código Penal. Para tanto, a segunda sessão trata da dignidade sexual, bem como o crime de estupro e o abortamento na legislação brasileira. Na sequência, a terceira sessão traz as normas legais sobre o abortamento no Brasil e suas regulamentações, trazendo como foco principal a Portaria 2.561/2020 do Ministério da Saúde. Na quarta e última sessão trataremos da possível (I) legalidade na Portaria 2.561/2020, no que tange a vítima de violência sexual, bem como ao direito a saúde, ao sigilo médico e a Dignidade sexual e humana.

Palavras-chave: Abortamento sentimental, Dignidade sexual, Portaria 2.561/2020.

ABSTRACT

The objective of this monograph is to bring up a discussion on the (i) legality of Ordinance No. 2.561/20 of the Ministry of Health, which regulates the process for abortion in cases of sexual violence. In order to achieve the objective of this study, a bibliographical research was carried out on doctrines in the penal scope, as well as the Federal Constitution and the Penal Code. Therefore, the second session deals with sexual dignity, as well as the crime of rape and abortion in Brazilian legislation. Then, the third session brings the legal norms on abortion in Brazil and its regulations, bringing as main focus the Ordinance 2.561/2020 of the Ministry of Health. In the fourth and last session we will discuss the possible (I) legality of Ordinance 2.561/2020 , regarding the victim of sexual violence, as well as the right to health, medical confidentiality and sexual and human Dignity.

Keywords: Sentimental abortion, Sexual Dignity, Ordinance 2.561/2020.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	DIGNIDADE SEXUAL E SEU AMPARO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	10
2.1	Estupro Na Legislação Brasileira	11
2.2	O abortamento sob a égide da legislação brasileira	13
2.3	Aborto sentimental.....	15
2.4	A Responsabilização Do Hospital No Caso De Negativa Para O Aborto Sentimental. .	18
3	AS NORMAS LEGAIS SOBRE O ABORTAMENTO NO BRASIL E SUAS REGULAMENTAÇÕES	20
3.1	As fases que compõe a Portaria 2.561/20	24
3.2	Notificação Compulsória.....	25
3.3	Termo de Consentimento Livre e Esclarecido	27
4	(I) LEGALIDADE NA PORTARIA N° 2.561/2020.....	28
4.1	A Portaria n° 2.561/2020 <i>versus</i> o Princípio da Dignidade Humana e do Direito a Saúde	28
4.2	A Portaria N° 2.561/2020 <i>Versus</i> Sigilo Médico	32
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	36
6	REFERÊNCIAS	39

1 INTRODUÇÃO

O abortamento é o ato de interromper uma gravidez de forma voluntária ou não, impedindo o nascimento de uma nova vida. A interrupção voluntária da gravidez é proibida no Brasil, salvo em situações excepcionais previstas no artigo 128 do Código Penal e pela ADPF 54.

Diante dos casos excepcionais, para o abortamento, não há na lei exigências de documentos judiciais para que tal prática aconteça, ou seja, nos casos de risco para a mulher e de gestação de feto com anencefalia se vale das documentações médicas, já no caso de estupro, a presunção da veracidade sobre a fala da vítima já é o suficiente.

Assim, não existe obrigatoriedade da mulher, grávida, vítima de violência sexual, fazer qualquer tipo de queixa ou de buscar judicialmente autorização para o abortamento.

Em agosto de 2020 foi publicada a Portaria n° 2.561/2020, dispondo sobre o procedimento de justificação e autorização da interrupção da gravidez nos casos previstos em Lei. Porém, o que de fato chama a atenção são algumas modificações que fundamentam os questionamentos desse projeto.

No entanto, o presente trabalho tem como problemática analisar os artigos da portaria n° 2.561/2020, identificando se há ilegalidade diante dos direitos já adquiridos sobre o abortamento nos casos de violência sexual no Brasil.

Para responder tal questionamento, levantou-se as seguintes hipóteses: 1). Há uma fragilidade jurídica quanto às exceções para o abortamento no Brasil.; 2). Há ilegalidade na portaria n° 2.561/2020.

Diante dessas hipóteses, a monografia tem como objetivo geral analisar a portaria n° 2.561/2020, identificando se há ilegalidade no que tange o direito ao abortamento nos casos de violência sexual.

Quanto aos objetivos específicos serão: Expor o direito da mulher grávida, vítima de violência sexual; estudar a portaria n° 2.561/2020 em relação as normas legais sobre o aborto no Brasil; e por fim, avaliar as possíveis ilegalidades da portaria n° 2.561/2020 em relação ao direito da mulher vítima de violência sexual.

O Método de pesquisa desse estudo é indutivo, ou seja, realizado por meio de uma análise singular do direito e da leitura de livros doutrinários com estudos relativos ao abortamento e as exceções legais para que o mesmo seja feito à luz do código penal, buscando conceituar e identificar de forma mais rica como se materializa esse direito.

Em seguida, será realizada o estudo da portaria nº2.561/2020, com o objetivo de identificar quais os seus conflitos, comparando com as normais jurídicas sobre o aborto vigente no Brasil.

Após essas duas primeiras etapas, a pesquisa partirá para a análise descritiva da portaria nº2.561/2020, com o intuito de identificar se há ilegalidade e se de fato ela fere o direito da mulher grávida, vítima de estupro. Portanto, o método que será utilizado na pesquisa será o método dedutivo, ou seja, uma análise das informações obtidas usando o raciocínio lógico, ou razão, para chegar a uma conclusão.

O tema proposto é de grande relevância em nosso ordenamento jurídico, pois se trata do direito à vida bem como um dos princípios basilares de uma sociedade democrática de direito que é o princípio da dignidade humana tutelada não apenas no Código Penal, mas também na Constituição Federal.

Com base no contexto apresentado, é possível notar alguns pontos conflitantes, uma vez que é uma resolução nova, sobre um tema complexo que é o aborto em caso de violência sexual. Há tempos que o que se preza a priori é o atendimento médico da vítima, sem julgamentos, interrogatórios, somente o atendimento médico legal estipulado em lei.

Porém, o que é visto na nova resolução são algumas mudanças que não buscam somente o cuidado com a vítima e sim relacionar o atendimento hospitalar emergencial com a polícia uma vez que, legalmente, a mulher não é obrigada a informar a polícia. Não há necessidade de autorização judicial ou nenhum outro documento, somente a palavra da mulher, ou seja, a mesma tem presunção de veracidade quanto aos fatos.

2 DIGNIDADE SEXUAL E SEU AMPARO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A presente seção tem por finalidade analisar a dignidade sexual e seu amparo na legislação brasileira. Assim, será mencionado sobre a violência sexual como também o abortamento no Brasil.

A pesquisa será um trabalho bibliográfico utilizando legislações como a Constituição Federal 1988, Código Penal, Código de Processo Penal e também doutrinadores como: Capez, Bitencourt, Besse, Greco, que auxiliará no aprofundamento sobre o conceito e a aplicação deste dentro das legislações vigentes.

A Dignidade sexual é tutelada no Título VI do Código Penal Brasileiro decorrido da alteração feita de nomenclatura em conformidade com a lei 2.015/2009, onde a expressão “Dos Crimes Contra o Costume” foi retirada e substituída pelo título “Crimes Contra a Dignidade sexual”. Isso porque, uma vez que o legislador entendeu que a tutela da dignidade sexual está inteiramente ligada a dignidade da pessoa humana, suas escolhas, sua integridade física e sua honra e não aos costumes.

A Constituição Federal em seu artigo 1º traz:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]III - a dignidade da pessoa humana.

A Dignidade da pessoa humana é tutelada pela Constituição Federal e é também um princípio fundamental para uma sociedade democrática tendo a garantia de proteção, respeito, igualdade, sem distinção de raça, gênero ou cor, que incorporam a dignidade sexual.

Antes da alteração no Título VI do Código Penal, tutelado nos artigos era a moral, reprimindo as condutas que afetassem os bons costumes da sociedade, ou seja, não havia repressão ou interferência às questões sexuais, desde que as mesmas não infringissem a moral. (CAPEZ, 2015).

Assim, ante a evolução da sociedade, houve o entendimento que o que haveria de ser tutelado, nada tinha a ver com a moral e sim com a dignidade sexual de cada pessoa que tem a liberdade para escolher se deseja ou não ter relação sexual com alguém ou qualquer outro tipo de prática que envolva seu corpo.

Nesse sentido, Greco (2014) relata que com o decorrer do tempo que o conceito de crimes contra os costumes tornou-se obsoleto, deixando de lado a forma como as pessoas se relacionam, passando a tratar apenas da tutela de sua dignidade sexual. Assim, a tutela agora

não se baseia no modo que a pessoa deve se portar diante à sociedade no que tange as práticas sexuais e sim a dignidade sexual pautada na dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é o fundamento principal da sociedade democrática de direito, sendo esse princípio o que fornece a garantia de respeito e proteção, independentemente do gênero, cor e raça, dando o direito para o indivíduo de liberdade e igualdade ante à todos. Nesse ponto, é inteligível que a sexualidade passe a ser protegido pelo princípio da dignidade humana, uma vez que ela está inteiramente ligada à liberdade de escolha da pessoa. (NOVAIS; REIS, 2018).

O que se via até a alteração do título VI do Código Penal era uma tutela sobre a moral social, sobre o que era visto como aceito ou não no ponto de vista sexual, apenas reprimindo as condutas consideradas graves que eram mal vistos pela sociedade (CAPEZ, 2015). Mas, ante as transformações sociais, a dignidade sexual foi reconhecida dentro da proteção da dignidade humana, pois não é mais a moralidade sexual que deve ser protegida e sim a liberdade de escolha da pessoa bem como o seu consentimento ou não nas relações sexuais.

Assim, a inviolabilidade do corpo, o direito a escolha da orientação sexual e liberdade sexual tem seu amparo constitucional fundamentado no princípio da dignidade humana.

2.1 Estupro Na Legislação Brasileira

Segundo a Organização Mundial de Saúde a violência sexual se conceitua da seguinte forma

Qualquer ato sexual, tentativa de obter um ato sexual, comentários ou investidas sexuais indesejadas, ou atos direcionados ao tráfico sexual ou, de alguma forma, voltados contra a sexualidade de uma pessoa usando a coação, praticados por qualquer pessoa independentemente de sua relação com a vítima, em qualquer cenário, inclusive em casa e no trabalho, mas não limitado a eles. (WHO, 2002 apud LIMA E DESLANDES, 2014, p. 788)

O conceito utilizado é relativamente atual, porém, a violência sexual não. Este é considerado um problema histórico mesmo que inaceitável desde os tempos remotos que afeta tanto homens quanto mulheres independentemente da idade, mas, sabe-se que as mulheres estão entre as principais vítimas desse crime. É uma agressão sexual sem o consentimento da vítima para a prática sexual ou outro ato libidinoso. (BESSE, 1999).

Segundo Bitencourt (2021) os crimes sexuais desde os tempos remotos, além de não serem aceitos, também eram punidos severamente. Os povos romanos consideravam estupro as relações sexuais ilícitas violentas com mulheres não casadas, tendo como punição a pena

de morte. Assim, como na Idade Média e nas conhecidas Ordenações Filipinas, a pena aplicada para o crime de estupro, era a pena de morte.

No Brasil, o crime de estupro passou a ser punido com pena de reclusão somente no Código Penal de 1830. No Código Republicano de 1890, o estupro passou a ter uma pena menor, com um dote à vítima. O estupro, nesse âmbito, estava inteiramente ligado a ter uma relação carnal forçosamente com uma pessoa do sexo feminino.

O Código Penal de 1940 tratava as questões sexuais como “Crimes contra os costumes”, tal designação tinha como tutela a maneira como as pessoas se comportavam, e não a dignidade sexual em si. Com isso, os crimes de violência sexual recaíam as consequências com maior força sobre as vítimas do que nos agressores em si. (GRECO, 2017).

Com a modificação do artigo 213 do Código Penal, ante a Lei nº 12.015/2009, unificou-se os crimes de atentado violento ao pudor e o crime de estupro. Dessa forma, a nova redação do artigo 213 do Código Penal consta:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:
 Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.
 § 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos. Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.
 § 2º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (BRASIL, 1940).

O estupro também é tratado no artigo 217- A do Código Penal, com a seguinte redação:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 § 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 § 2º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 § 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 § 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 § 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018) (BRASIL, 1940).

O estupro, desde a alteração de 2009 na legislação, não se configura apenas como toda relação sexual ou ato libidinoso mediante a violência ou grave ameaça, mas também as relações sexuais ou libidinosas com menores de 14 anos, mesmo diante do consentimento do menor, com pessoas enfermas e com deficiência mental que não possui discernimento para opor-se ou com pessoas que por qualquer outro motivo não consiga oferecer resistência.

Assim, a nova redação tutela amplamente a dignidade sexual da pessoa, uma vez que entende como crime não apenas a conjunção carnal, mas também atos libidinosos mediante violência ou grave ameaça. (GRECO, 2014).

A dignidade sexual passa ser o bem tutelado na legislação brasileira, criminalizando qualquer ato sexual ou libidinoso que se utilize do uso da força, intimidação, coerção, chantagem, manipulação, suborno, ameaça, ou qualquer outra ação que não permita o outro manifestar sua vontade de ter ou não a relação sexual. (BRASIL, 1940).

Tal crime deixa consigo traumas, que além de emocionais e físicos, podem acarretar doenças sexuais, problemas psíquicos advindos do episódio traumático, e até mesmo uma gravidez indesejada que levam a vítima a optar pelo abortamento. Para esses casos, a legislação prevê amparo para o abortamento não penalizando a vítima do estupro, nem os médicos, bem como a equipe que o auxilia.

O abortamento é o ato de interromper uma gravidez de forma voluntária ou não, impedindo o nascimento de uma nova vida. O Abortamento doloso ainda é criminalizado no Brasil com amparo legal nos artigos 124 a 127 do Código Penal, porém, salvo em situações excepcionais previstas no artigo 128 do Código Penal e pela ADPF 54, o abortamento não é punível.

2.2 O abortamento sob a égide da legislação brasileira

A palavra aborto significa “Separa do lugar adequado” segundo Pacheco (2007). Já, segundo a medicina, o aborto é fruto do abortamento, assim, o abortamento é a interrupção da gravidez mediante a expulsão ou não do feto até a 22º semana de gestação. Após esse período, o termo utilizado pela medicina é antecipação do parto, já para o Direito, não há diferença no termo diante do tempo de gestação, pois uma vez interrompida com dolo, é considerado crime de aborto.

Capez (2014), traz uma abordagem histórica sobre o aborto no mundo. Desde o Egito até os dias atuais buscando conceituar a ideia de abortamento, sua criminalização e exceções. No Egito antigo e Roma, o abortamento não era visto como crime, uma vez que se considerava o feto parte do corpo da mulher, podendo ela decidir por levar ou não a gravidez adiante.

Com a disseminação do cristianismo, a visão do aborto começou a mudar passando a ser visto com repulsa, sendo criminalizado, comparado, inclusive, com homicídio em qualquer situação. No Brasil, o tema aborto foi incluído no Código de 1830, porém, somente os casos que fossem praticados por terceiros. Já o Código de 1890 previu o aborto cometido pela gestante e por terceiros, sendo que o Código de 1940 compreendeu três possíveis formas de aborto: o provocado, consentido e sofrido. (CAPEZ, 2014).

Ao que se percebe, essa visão ainda da Idade Média está enraizada no contexto social em que vivemos, uma vez que o aborto mesmo nos casos despenalizados pela legislação atual ainda encontra barreiras religiosas e sociais para sua efetivação.

Segundo Cunha (2014), existem sete tipos de abortos, sendo classificados como: 1) Aborto acidental que ocorre de forma espontânea, sem dolo. 2) Aborto criminoso, é aquele praticado com dolo, tendo como alvo causar a morte do feto de forma intencional e provocada. 3) Aborto natural que por sua vez ocorre com a expulsão do feto decorrente de fatores naturais. 4) aborto sentimental, legal ou humanitário o qual não é penalizado, uma vez que é decorrente de estupro. Nesse caso há a necessidade de consentimento da vítima e quando menor de 14 anos, necessita da autorização do seu representante legal.

Seguindo com Cunha (2014), os outros três tipos são: 5) aborto terapêutico que também não é penalizado, sendo realizado quando a gestante corre risco de morte, desde que não haja nenhuma outra possibilidade de salvar a gestante. 6) aborto eugênico, quando há a interrupção da gravidez por suspeita de anomalias graves, advindas de má formação ou de doenças transmitidas pelos genitores. Nesse caso, há decisões favoráveis ao abortamento, sendo somente no caso de anencefalia, já pacificado pela ADPF 54. 7) aborto social ou miserável que ocorre diante da situação de miserabilidade da família.

No Brasil, a interrupção voluntária da gestação é criminalizada, disposto nos artigos 124 a 127 do Código Penal, uma vez que a lei visa proteger a vida desde a sua concepção. Esse tipo de aborto criminoso pode ser praticado pela própria gestante sozinha ou com o auxílio de um terceiro, com o seu consentimento ou por um terceiro sem a autorização da gestante.

Entretanto, a legislação também prevê algumas situações excepcionais onde o abortamento não é penalizado, regulamentado no Artigo 128 do Código Penal:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)

Aborto necessário:

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro:

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL, 1940)

No caso específico tratado no Código Penal, visa despenalizar as situações em que o médico se vê diante da situação em que não há outra forma de salvar a vida da gestante, sendo esse o aborto terapêutico, quando há a necessidade de escolha entre a vida da mãe e do feto, dando assim primazia para aquela que já existe, ou seja, a vida da mulher. Nesse caso não há o que se falar em crime nem da mãe e nem do médico, uma vez que não há antijuricidade e nem culpa.

Em 2012, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 (ADPF 54), trouxe a possibilidade de abortamento para os casos de fetos acéfalos, diante do fato de que a criança não consegue sobreviver por conta de uma má formação cerebral, vindo a falecer minutos depois do nascimento.

Nesse caso, a decisão do Supremo Tribunal Federal, foi no sentido de aliviar a dor emocional da gestante, uma vez que não há possibilidade de sobrevivência da criança. Assim, se a mãe optar pelo aborto após a comprovação da má formação por anencefalia, não há responsabilidade penal sobre ela nem sobre o médico.

2.3 Aborto sentimental

Outro caso de aborto previsto em lei, sem que haja penalização é o aborto sentimental ou legal, que ocorre em gestantes vítimas de estupro, uma vez que houve o entendimento de que não se pode obrigar uma vítima de um crime tão bárbaro suportar sem o seu desejo uma gestação que é fruto de uma violência sexual.

Aqui, o legislador entendeu que ante ao crime e as violências sexuais, físicas, emocionais e psíquicas sofridas pela vítima, não se pode obrigá-la a gestar o fruto de um crime. Para Cunha (2014) esse tipo de aborto é admissível, uma vez que não há justificativa que imponha a vítima de violência sexual gerar um fruto indesejado de forma traumática e odiosa.

O aborto sentimental visa amenizar o trauma sofrido pela vítima visto que em suma maioria, a expectativa em ser mãe é decorrente de um relacionamento saudável com o intuito de constituir família e não decorrente de um estupro.

Nesses casos, a vítima tem amparo legal para decidir pelo abortamento ou não, ou seja, não há legislação que obrigue a vítima a abortar ou a levar a gestação adiante. Somente a vítima é responsável por essa decisão.

Em casos de gestação por estupro, mesmo a legislação não trazendo o período máximo de gestação para o abortamento, só é feito até a 22^o semana se o feto pesar até 500 gramas. Após isso, a medicina dá o nome de antecipação do parto que nos casos de estupro não é feito após o período citado. O que não ocorre no caso de feto acéfalo e de risco materno sendo feito em qualquer tempo da gestação.

Percebe-se aqui, uma questão de nomenclatura que atinge o direito ao abortamento nos casos específicos da lei no Brasil. Para o direito, abortamento é entendido como interrupção da gestação seja em qual período for, porém, para a medicina, pode chamar de abortamento, somente a interrupção da gravidez até a 22^o semana, com o peso do feto de até 500 gr. Após isso, a medicina nomeia como antecipação do parto.

Para tanto, o abortamento ou interrupção do parto nos casos de risco para a mãe ou de gestação de feto acéfalo se dá a qualquer momento da gestação, porém, o abortamento no caso de violência sexual, não. Esse, em suma maioria só é feito até a 22^o semana e/ou o feto pesando até 500 gramas. (FRANCA, 2014).

É imprescindível perceber que o legislador quando despenaliza o aborto nos casos de violência sexual, não o fez pensando no tempo de gestação da vítima, nada é mencionado sobre isso nas doutrinas ou no dispositivo, mas a vítima se depara com essa barreira onde a nomenclatura fez com que a vítima de violência sexual tivesse prazo determinado para decidir sobre o aborto.

Não há na legislação brasileira a exigência de nenhum documento que comprove o estupro para que o aborto sentimental seja feito. Não há necessidade de boletim de ocorrência nem autorização judicial, nesses casos, a palavra da vítima tem presunção de veracidade. A legislação entende que não cabe a equipe médica a função inquisitorial, sendo um direito da mulher procurar ou não as medidas cabíveis contra o agressor.

Em todos os casos previstos em lei, a gestante deverá ter amparo do Sistema Único de Saúde que é um direito garantido, porém, Segundo Régia e Ferreira (2020), dentre os hospitais cadastrados somente 55% ainda realizam o procedimento. Mesmo sendo um direito com amparo legal a vítima ainda sofre na busca por atendimento hospitalar que realize o

aborto nos casos previstos em lei. De todos os Estados brasileiros, somente 13 Estados fornecem o atendimento necessário, ou seja, mais da metade dos Estados não fazem o aborto sentimental.

Recentemente, um caso ganhou repercussão nacional, uma criança de 10 anos, grávida, vítima de estupro, mesmo com autorização judicial o que não é exigência legal para o aborto teve o pedido de procedimento negado por um hospital no Espírito Santo.

No caso da menor, o Hospital está cadastrado, mas, se negou a fazer o procedimento porque o feto pesava pouco mais de 500 gramas, peso esse que maioria dos médicos utiliza como limite para o procedimento. A criança precisou ser encaminhada para outro Estado onde o procedimento foi realizado sem maiores burocracias. (G1, 2020).

Assim, como a menor, muitas outras vítimas precisam fazer o mesmo, buscar em outros Estados a efetivação de um direito garantido uma vez que o aborto mesmo nos casos advindos de uma violência sexual ainda é visto como um tabu até mesmo por muitos hospitais cadastrados para o aborto.

Mesmo com o amparo no Código Penal, muita coisa foi normatizada e regulamentada, sendo as principais:

- Decreto nº 7.958/2013 – Estabelece diretrizes para o atendimento às vítimas de violência sexual pelos profissionais de Segurança Pública e da Rede de atendimento do Sistema Único de Saúde – SUS;
- Lei 12.845 de 2013 – Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência. Não apenas estabelece obrigação dos estabelecimentos de saúde como também a integralidade desta assistência. Isso inclui a profilaxia para evitar a gravidez na situação de emergência, o acompanhamento ambulatorial para avaliar se não houve danos e outras repercussões na vida reprodutiva e sexual desta mulher, e o acesso ao aborto legal e seguro.
- Portaria GM/MS nº 1.271 de 06 de junho de 2014 – Que trata da notificação de Violência Interpessoal/Autoprovocada. Esta portaria obriga as Instituições a notificarem a Vigilância Sanitária e Epidemiológica local sobre os casos de violência sexual em até 24 horas, através de um formulário padronizado que pode ser acessado no site do Ministério da Saúde.
- Portaria nº 2.282/GM/MS, de 27 de agosto de 2020 – Dispõe sobre o procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do SUS. Esta é uma portaria bastante importante em conjunto com outras normas técnicas do Ministério da Saúde, dentre elas: Norma Técnica de Atenção aos Agravos da Violência Sexual Contra Mulheres e Adolescente, Norma Técnica de Atenção Humanizada ao Abortamento, Aspectos Jurídicos da Violência Sexual: perguntas e respostas para profissionais de saúde, Norma Técnica de Atenção à Gestantes com Feto Anencéfalo, Norma Técnica de Atenção às Pessoas em Situação de Violência Sexual com Registro de Informações e Coleta de Vestígios.(REVOGADA)
- Portaria nº 2561/ 2020- Dispõe sobre o procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos de violência sexual previsto em lei no âmbito do SUS. Essa portaria foi fundamentada nas mudanças legislativas penais no que tange a persecução penal da ação nos casos de violência sexual, obrigando a equipe médica comunicar a polícia sobre o caso, bem como guardar vestígios para uma possível identificação do criminoso. (FIOCRUZ, 2019).

Essas normas e portarias visam assegurar que todo processo seja feito de forma legal e dando total amparo para a gestante. Porém, no âmbito jurídico, as duas últimas portarias citadas, estão sendo alvo de críticas, pois trouxe a revogação da portaria nº 1.508/GM/MS, de 1º de setembro de 2005, que basicamente dispunha dos mesmos parâmetros da nova portaria, porém, trouxe em seu texto alguns acréscimos que buscaremos analisar se de fato tem amparo legal.

2.4 A Responsabilização Do Hospital No Caso De Negativa Para O Aborto Sentimental.

Como já escrito nos tópicos acima, a legislação brasileira não apenas despenaliza o aborto sentimental, como é permitido que se faça de forma gratuita pelo Sistema Único de Saúde, mas como vimos no caso da criança de 10 anos grávida vítima de estupro, esse direito foi negado por um hospital cadastrado no Espírito Santo.

No caso em tela, a criança possuía mesmo que sem a necessidade, autorização judicial para o abortamento bem como a autorização do seu responsável legal, mesmo diante disso, a médica responsável se negou a fazer o procedimento, alegando estar cumprindo as normas do Ministério da Saúde quanto ao aborto. A gravidez da criança estava avançada 4 dias e pesava 70 gramas acima do peso disposto pelo Ministério da Saúde. (BRASIL, 2011).

A situação dessa criança só trouxe à tona um problema grave ante ao direito tácito desde a década de 40 do século passado, que é o direito ao abortamento e o acesso gratuito ao procedimento pelo Sistema Único de Saúde.

Em 2017, a revista Galileu fez uma reportagem intitulada como “O Estado brasileiro não garante acesso ao aborto para vítimas de estupro” (SOUZA, 2017). Nessa reportagem, a revista trouxe dados alarmantes sobre o abortamento no país.

Além da exigência de documentos que a própria lei não exige (boletim de ocorrência, autorização judicial, etc.), alguns estados brasileiros mesmo diante do direito da vítima não têm nenhum hospital que faça o aborto, obrigando a vítima a levar a gravidez em diante ou buscar outro estado que faça.

Mesmo alegando que é um direito assegurado, a vítima, ou tem seu aborto condicionado por documentos ou tem seu direito negado, sob alegação de objeção de consciência, que é um direito do médico ante a sua profissão assegurado pelo Código de ética de medicina (2010).

Mas o que se deve frisar é que mesmo que o médico se negue, por objeção, o hospital tem a responsabilidade de atuar no caso, encontrando um profissional de medicina que faça. Não é dado ao hospital o direito de negativa na satisfação do direito da vítima. (GONÇALVES, 2020).

Há ainda, uma exceção à regra de objeção de consciência de acordo com a norma técnica “Atenção Imunizada ao Aborto” do Ministério da Saúde (2011), os médicos não poderão se recusar a fazer o aborto alegando objeção de consciência, estando o profissional sujeito a responsabilidade civil e criminal por omissão, nos seguintes casos: a) quando houver risco de morte para mulher; b) em qualquer situação de abortamento juridicamente permitido, na ausência de outro profissional que o faça; c) quando a mulher puder sofrer danos ou agravos à saúde em razão da omissão do profissional; d) em casos de atendimento de complicações derivadas do abortamento inseguro, por se tratarem de casos de urgência.

Em Goiás, só existe um hospital cadastrado no Ministério da Saúde para a realização do procedimento que é o Hospital Materno Infantil, em Goiânia. Segundo o site da secretaria de saúde do Estado, o referido hospital não exige nenhum documento para o atendimento da vítima e a realização do procedimento, porém, existem algumas ressalvas que devem ser observadas.

Segundo Bitencourt (2019), muitos hospitais exigem o boletim de ocorrência para se certificarem de que se trata de uma vítima de estupro, mas, que a equipe multiprofissional e o médico possuem outras formas de identificar possíveis divergências ou mentiras de uma suposta vítima.

Uma delas ocorreu no ano de 2016, segundo a reportagem supracitada da Revista Galileu, onde houve uma negativa porque a idade fetal não condizia com o tempo em que a vítima alega ter sido estuprada. Nesse caso, foi pedido que a vítima fizesse o Boletim de Ocorrência, mas a vítima preferiu buscar outro hospital que fizesse. (SOUZA, 2017).

Segundo Gonçalves (2020), cabe responsabilização civil e penal aos hospitais que se negam a realização do aborto, principalmente os hospitais cadastrados, pois, existem muitos hospitais que não possuem cadastro, alegando não ter estrutura para tal procedimento. Fato que é obrigação do Estado em dar estrutura e do hospital o atendimento inicial quando não houver suporte para o abortamento, encaminhar a vítima para o hospital mais próximo.

Em suma, conforme Franca (2014), o direito ao abortamento no Brasil ainda tem suas raízes na religiosidade e na alegação de que a uma vida inocente está sendo tirada por conta de um crime que ela não cometeu. Diante disso, esse tipo de abortamento ainda divide opiniões, mesmo legalizado, fazendo com que as vítimas tenham seu direito dificultado.

3 AS NORMAS LEGAIS SOBRE O ABORTAMENTO NO BRASIL E SUAS REGULAMENTAÇÕES

Apresente seção visa trazer a baila o histórico a respeito da legislação sobre o aborto no Brasil, bem como suas regulamentações, encerrando com uma descrição da Portaria nº 2.561/2020 do Ministério da Saúde e suas fundamentações. Para tanto, além da própria Portaria mencionada, também será utilizado artigos do Código Penal de 1830, 1890 e 1940, além de doutrinas no âmbito penal.

O primeiro dispositivo legal sobre o aborto na ordenação jurídica brasileira aconteceu no Código Criminal do Império do Brasil (BRASIL, 1830), onde só havia dispositivo quando a criminalização do agente que o provocasse.

Art. 199. Ocasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada. Penas – de prisão com trabalho por um a cinco anos. Se este crime for cometido sem consentimento da mulher pejada. Penas – dobrada. (BRASIL, 1830).

O aborto no Código Criminal de 1830, só fazia menção tipificado como crime, sem exceções para que houvesse a prática nem mesmo em casos como o estupro. Já o Código Penal de 1890, houve uma modificação quanto à responsabilização do crime, mas também sem nenhuma exceção.

Art. 301. Provocar aborto com anuência e acordo da gestante: Pena – de prisão celular por um a cinco anos. Parágrafo único. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com redução da terça parte, se o crime for cometido para ocultar a desonra própria. (BRASIL, 1890).

Nesse diapasão, o Código Penal foi reformulado em 1940, trazendo novamente o aborto em seus dispositivos, porem, desta vez, o legislador além da responsabilização nos casos de aborto provocado, induzido e praticado, teve a sensibilidade de entender que em alguns casos haveria a necessidade de exceções elencando duas no rol taxativo da Lei Penal.

Como já mencionado na seção anterior o aborto é tipificado no Código Penal nos artigos 214 a 218, porém, cabe ressaltar que somente no artigo 218, I e II que o aborto não é punível, bem como o aborto tratado na ADPF 54. Isso porque o legislador entende que os traumas e dores advindos de tais situações que incluem risco de morte da mãe, gravidez decorrente de estupro e criança com anencefalia.

Diante de tais situações, o legislador entende que cabe a mulher decidir sobre o qual é a solução menos traumática para si. Assim, o Código penal descriminaliza, porém, não

especifica como deve acontecer o abortamento. Para tanto, o Ministério da Saúde estabelece normas a serem seguidas. Essas normas regulamentam os procedimentos, de modo que não sejam penalizados nem a vítima nem o médico após o aborto, buscando minimizar ao máximo o sofrimento da mãe.

Na legislação brasileira, desde 1940 já existe a exceção onde se é permitido o aborto no Brasil, porém, mesmo após 80 anos percebemos dificuldades quanto à aplicação da norma. É notório que a Lei por si só apenas descriminaliza o aborto nas situações descritas no Código Penal.

Posto isso, se faz necessário à criação de normatizações que regulamentem como deve ser o procedimento. Somente em 1999 foi editada a primeira norma técnica de âmbito nacional sobre o aborto, logo em seguida, em 2005, o Ministério da Saúde aprovou um documento denominado “Atenção Humanizada ao abortamento”, orientando o atendimento das mulheres que buscam o abortamento legal. (TELLES; COUTINHO; AZEVEDO, 2020).

Em 2005, é publicada a Portaria n° 1508/2005, que dispunha sobre como deveria ser o procedimento de justificação e autorização para a interrupção da gravidez dos casos previstos em lei. Nessa portaria, uma das considerações mais importantes era a questão de apresentação de qualquer documento judicial para o aborto, afirmando não haver qualquer obrigatoriedade de Boletim de ocorrência ou autorização judicial para os casos de gravidez decorrente de violência sexual. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2005).

No ano de 2013, foi aprovada a lei que garantia o atendimento gratuito e integral pelo SUS às vítimas de estupro e se for a escolha o abortamento através da Lei n° 12.845/2013.

Art. 1º Os hospitais devem oferecer às vítimas de violência sexual atendimento emergencial, integral e multidisciplinar, visando ao controle e ao tratamento dos agravos físicos e psíquicos decorrentes de violência sexual, e encaminhamento, se for o caso, aos serviços de assistência social.

Art. 2º Considera-se violência sexual, para os efeitos desta Lei, qualquer forma de atividade sexual não consentida.

Art. 3º O atendimento imediato, obrigatório em todos os hospitais integrantes da rede do SUS, compreende os seguintes serviços: I - diagnóstico e tratamento das lesões físicas no aparelho genital e nas demais áreas afetadas; II - amparo médico, psicológico e social imediatos; III - facilitação do registro da ocorrência e encaminhamento ao órgão de medicina legal e às delegacias especializadas com informações que possam ser úteis à identificação do agressor e à comprovação da violência sexual; IV - profilaxia da gravidez; V - profilaxia das Doenças Sexualmente Transmissíveis - DST; VI - coleta de material para realização do exame de HIV para posterior acompanhamento e terapia; VII - fornecimento de informações às vítimas sobre os direitos legais e sobre todos os serviços sanitários disponíveis. § 1º Os serviços de que trata esta Lei são prestados de forma gratuita aos que deles necessitarem. § 2º No tratamento das lesões, caberá ao médico preservar materiais que possam ser coletados no exame médico legal. § 3º Cabe ao órgão de medicina legal o exame de DNA para identificação do agressor.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor após decorridos 90 (noventa) dias de sua publicação oficial. (BRASIL, 2013)

A Lei nº 12.845/2013, mesmo tardia, buscou alinhar-se aos parâmetros de saúde mundiais, dando à vítima um acesso rápido e gratuito que deveria incluir todos os hospitais públicos, porém, o que se vê na realidade é dificuldade de aplicação da Lei dificultando a efetividade do Direito.

O que se encontra, na realidade, são poucos hospitais aptos a fazer a profilaxia da gravidez, em outras palavras, o abortamento em si. Dos 176 hospitais listados pelo Ministério da Saúde para a realização do aborto legal, apenas 76 hospitais de fato realizam o procedimento, visto que não há nenhuma política pública que auxilie as mulheres que desejam abortar seja direcionada para elas. (TELLES; COUTINHO; AZEVEDO, 2020).

O abortamento ainda é alvo de diversas críticas e opiniões, inclusive entre os doutrinadores. França (2014) é um doutrinador de direito médico, e tem uma opinião completamente contra o aborto fruto de violência sexual. Para ele, não cabe punir um inocente pelo crime de alguém que talvez não venha a ser responsabilizado por tal ato. Que um país onde se criminaliza a pena de morte em crimes bárbaros condena a morte precoce de um bebê que não tem nenhuma responsabilidade pelo fato.

Já Bitencourt (2019) e Capez (2015), compartilham da mesma ideia de que a vítima deve optar pelo seguimento da gravidez nos casos de estupro, uma vez que a vítima não tem responsabilidade quanto ao crime ocorrido, respeitando assim, o princípio da dignidade humana, uma vez que as marcas deixadas pela violência já são, demasiadamente agressivas, devendo amenizar o sofrimento da vítima ao máximo.

O que se percebe é o fato de o tema “aborto” ainda ser um tabu na nossa sociedade por estar enraizado em conceitos religiosos, mas cabe ressaltar que o Estado é laico devendo assim todos os atendimentos nos hospitais públicos também atuarem com laicidade, respeitando a legislação e a vítima.

Mais recente foi editada a Portaria nº 2.282/2020, disciplinando normas a serem seguidas em casos de atendimentos às mulheres grávidas, fruto de violência sexual. A portaria foi alvo de inúmeras críticas, inclusive por não trazer benefícios para amenizar o sofrimento da vítima. Ao contrário de viabilizar o atendimento, a portaria teve pontos que fizeram o direito de a mulher regredir, bem como, nada se fala em ampliar as estruturas do SUS para proteger o direito da mulher grávida vítima de estupro.

A Portaria nº 2.282/2020, foi alvo da ADI 6552 e da ADPF 737, que alegava que tal norma fere Direitos Fundamentais, além de constranger e vitimizar a mulher, buscando dificultar o acesso ao abortamento no caso de violência sexual. Os artigos mais criticados da portaria nº 2.282/20 foram os artigos 1º e 8º, sendo o artigo 8º retirado da nova Portaria. O

artigo 1º tratava da notificação compulsória do estupro às autoridades policiais, pela equipe responsável pelo atendimento da vítima, e o artigo 8º trazia que a equipe médica deveria informar sobre a possibilidade de visualização do feto através da ultrassonografia pela vítima.

Diante das inúmeras críticas, foi publicada uma nova portaria de nº 2.561/2020 no dia 23/10/2020, fundamentada nas alterações promovidas pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, no art. 213 e a inclusão do art. 217-A no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), que tipificam, respectivamente, os crimes de estupro e estupro de vulnerável.

Destaca-se também a alteração do artigo 225 do Código Penal, pela Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018, que torna a ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes contra vulnerável em ação pública incondicionada. Mesmo sendo revogada a Portaria 2.282/2020, vários artigos foram preservados, como a notificação compulsória, que passou a compor o documento no artigo 7º da atual Portaria nº 2.561/2020.

Ao verificar as prioridades da Portaria nº 1.508/2005 e a Portaria nº 2.561/2020, percebemos grandes alterações principalmente na sua fundamentação onde a primeira mencionada tem como prioridade a vítima e a busca pelo acolhimento e minimizar os traumas decorrentes do crime, como mostra o trecho retirado da portaria.

O MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE, no uso das atribuições que lhe confere o inciso II do parágrafo único do art. 87 da Constituição Federal, e Considerando que o Código Penal Brasileiro estabelece como requisitos para o aborto humanitário ou sentimental, previsto no inciso II do art. 128, que ele seja praticado por médico e com o consentimento da mulher; Considerando que o Ministério da Saúde deve disciplinar as medidas assecuratórias da licitude do procedimento de interrupção da gravidez nos casos previstos em lei quando realizado no âmbito do SUS; Considerando a necessidade de se garantir aos profissionais de saúde envolvidos no referido procedimento segurança jurídica adequada para a realização da interrupção da gravidez nos casos previstos em lei; e Considerando que a Norma Técnica sobre Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes não obriga as vítimas de estupro da apresentação do Boletim de Ocorrência para sua submissão ao procedimento de interrupção da gravidez no âmbito do SUS, resolve. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2005).

Já a segunda, não traz em suas considerações nenhum fator ligado a saúde da vítima, todas as suas considerações foram respectivas à busca pela punibilidade do autor do crime bem como a de não responsabilização do médico nos casos em que a possível vítima faltar com verdade.

O MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE, no uso das atribuições que lhe confere o inciso II do parágrafo único do art. 87 da Constituição Federal, e Considerando que o Ministério da Saúde deve disciplinar as medidas assecuratórias da licitude do procedimento de interrupção da gravidez nos casos previstos em lei quando realizados no âmbito do SUS; Considerando que o Código Penal Brasileiro

estabelece como requisitos para o aborto humanitário ou sentimental, previsto no inciso II do art. 128, que ele seja praticado por médico e com o consentimento da mulher; Considerando a necessidade de se garantir aos profissionais de saúde envolvidos no procedimento de interrupção da gravidez segurança jurídica efetiva para a realização do aludido procedimento nos casos previstos em lei, resolve. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020).

Nessa nova Portaria, não considerações quanto a saúde e bem estar da vítima, o que deveria ser prioridade, uma vez que o aborto nesses casos visa minimizar o sofrimento e a dor diante das mudanças já no início da Portaria. A subseção abaixo trará de forma simples uma explicação quanto aos novos dispositivos que formalizam o procedimento de aborto nos casos de gravidez decorrente de violência sexual.

3.1 As fases que compõe a Portaria 2.561/20

No artigo 1º, a Portaria informa que serão quatro fases que antecederão o procedimento do abortamento sendo feitos em formato de termos e arquivados com garantia de confidencialidade.

A primeira fase é constituída basicamente do relato circunstanciado do fato pela gestante, perante dois profissionais de saúde. Nesse relato é informado local, data e hora (aproximadamente), o tipo de violência sofrida, descrição do agressor e identificação das testemunhas, caso haja.

Importante salientar aqui que esse termo circunstanciado já existia nas duas portarias anteriores, pois, mesmo a palavra da vítima tendo presunção de veracidade são necessárias essas informações para após exames identificar se a gravidez é realmente decorrida da violência sexual, pois há a análise médica se o tempo da gestação está em conformidade com o tempo em que houve a violência.

Na segunda fase está o parecer técnico do médico, que inclui os exames físicos, ginecológicos, ultrassonografia e demais exames complementares. Nessa fase, a vítima é atendida pela equipe multidisciplinar que deve ter no mínimo três pessoas entre médico obstetra, anestesista enfermeiro, psicólogo e assistente social, para subscrever o termo de aprovação de procedimento de interrupção de gravidez, em conformidade com o parecer médico.

Já na terceira fase, se dá pela assinatura da vítima ou do representante legal, quando incapaz, no termo de responsabilidade contendo advertências expressas no caso de crime de falsidade ideológica e aborto, caso ela não tenha sido vítima do crime de estupro. Isso

acontece pelo fato de o abortamento não ser legalizado no Brasil pelo nosso ordenamento Jurídico.

O abortamento somente é despenalizado em três casos: no caso em que a vida da mãe está em risco; quando a gestante estiver grávida vítima de estupro ou no caso de criança portadora de anencefalia.

O Código Penal não exige que a mulher vítima do estupro tenha em mãos o boletim de ocorrência ou qualquer autorização judicial, assim, para que haja segurança jurídica quanto ao procedimento médico tal termo se faz necessário.

A quarta fase e última se encerra com o termo de consentimento livre e esclarecido, onde constarão os riscos e desconfortos do aborto, qual o procedimento que será adotado, como será o acompanhamento profissional para o aborto, os responsáveis, a declaração de que o aborto está sendo feito por decisão voluntária da vítima ou do representante no caso de incapaz, e também a seguridade do sigilo com uma ressalva de que em caso de requisição judicial tais documentos e informações serão repassadas a justiça.

Nota-se que essa garantia de confidencialidade deixa de existir no anexo V da quarta fase referente ao termo de consentimento livre e esclarecido, onde é informado que tal documento é passível de compartilhamento em caso de requisição judicial.

3.2 Notificação compulsória

A notificação compulsória tem sido alvo de inúmeras críticas a portaria vigente, visto que ante a situação, a vítima deveria se sentir segura emocionalmente no ambiente hospitalar na busca pelo abortamento.

Em seu artigo 7º, a Portaria 2.561/20 traz a notificação compulsória do médico ou de qualquer outro profissional da saúde quando houver indícios ou confirmação do crime de estupro. Essa notificação compulsória é uma das principais mudanças encontradas na Portaria atual, fruto da alteração do artigo 225 do Código Penal, ocorrida em 2018.

Uma questão bastante delicada visto sob a ótica de que a vítima tem o direito ao atendimento médico sem o constrangimento de inquirições policiais ou de ações judiciais. Isso porquê, o jurista, ao tratar sobre o abortamento nos casos de estupro entenderam que a mulher já está bastante traumatizada pelo crime sofrido, portanto, deve receber amparo ao procurar ajuda médica.

Na norma técnica Atenção Humanizada ao Abortamento do Ministério da Saúde (BRASIL, 2011), deixa claro que o profissional da saúde deve atuar de forma imparcial, o que

não ocorre nos casos atendidos após a vigência da Portaria, pois ao ter a obrigatoriedade de informar a polícia, o acolhimento e atendimento deixa de ser imparcial.

Essa alteração é uma das mais significativas nessa nova norma visto que a despenalização quanto ao abortamento nos casos de estupro, não obriga a vítima a procurar a polícia ou a justiça para ter autorização para o aborto, isso porque, diante do fato traumático a vítima teria a liberdade e o direito de buscar auxílio médico sem o constrangimento e a dor de reviver todo o momento de angústia da violência.

A palavra da vítima tem presunção de veracidade, devendo ser acolhida, buscando fazer desse momento o menos traumático possível. Isso não quer dizer que antes da portaria de 2020 qualquer mulher que afirmasse ter sido estuprada faria o abortamento, nesses casos, havia um acolhimento feito pela equipe multiprofissional, que inclui assistente social, médico, enfermeira e psicóloga.

Diante do parecer dos profissionais citados anteriormente por meio de preenchimento de alguns relatórios, entre eles o termo de relato circunstanciado do evento, termo de responsabilidade, parecer técnico, termo de consentimento livre e esclarecido e o termo de aprovação de procedimento de interrupção da gravidez decorrente de estupro, a intervenção era realizada.

Além da notificação, cabe a equipe médica que atendeu a vítima preservar possíveis evidências materiais do crime de estupro, que deverão ser entregues às autoridades policiais. Isto é, deverão ser preservados fragmentos do embrião ou do feto com o intuito de confrontos genéticos que possam levar ao autor do crime.

Outro fator relevante é a questão do sigilo profissional, que acaba deixando de existir nesses casos onde há notificação compulsória, levando o profissional a se tornar não apenas um informante de um crime, mas também testemunha, após a vítima relatar a violência sofrida.

Em suma maioria, a violência sofrida é traumática ao ponto de mulheres sentirem vergonha de terem sido vítimas de estupro, ao procurar ajuda, muitas delas desistem da justiça por terem que reviver aquele trauma novamente por várias vezes durante o processo, além do medo de serem vítimas de crimes piores cometidos por vingança assim, escolhem apenas a ajuda hospitalar e psicológica.

Vale ressaltar que a ajuda hospitalar e psicológica antes não deveria ter esse cunho investigativo, e sim de acolhimento, como traz na cartilha de Normas Técnicas de Atenção Humanizada ao Abortamento do Ministério da Saúde que tem como referências bioéticos, a

beneficência e a não maleficência, isto é, tentar minimizar o dano e maximizar o benefício e causar o menor prejuízo possível. (BRASIL, 2011).

3.3 Termo de Consentimento Livre e Esclarecido

O termo de Consentimento Livre e esclarecido é um documento assinado pela gestante ou responsável legal quando a vítima for incapaz e já existia na Portaria anterior a essas de 2020, a Portaria nº 1.508/2005, de forma diferente. De fato, é um termo importante que mostra a vontade e ciência do abortamento, porém, na Portaria atual a qual compõe o anexo V do documento.

Na Portaria nº 1.508/2005 a vítima era informada sobre a possibilidade de manter a gestação caso quisesse, com os direitos e cuidados desde o pré-natal até o parto de forma apropriada bem como a possibilidade de adoção do bebê após o nascimento. Nesse mesmo documento eram mencionados os desconfortos do aborto e possíveis riscos bem como a assistência e acompanhamento posterior caso fosse necessário.

Já na Portaria vigente, o novo termo de consentimento foi retirado os informativos sobre a possibilidade de gestar, se assim desejar, tão pouco sobre possíveis auxílios e suportes que lhe seria dado, caso optasse por levar a gravidez até o final. Também, nada menciona sobre a possibilidade de adoção. Já por outro lado, traz de forma ampla e bem descritiva sobre os desconfortos, riscos e complicações possíveis, decorrentes do aborto como se de fato os riscos fossem tantos quanto o de um aborto ilegal.

O que se percebe aqui é que de fato há a necessidade de normas que regulamentem o caminho a ser percorrido nos casos de aborto já permitidos, porém, o que se vê na prática é a formulação de documentos que no lugar de amparar a vítima promovem de alguma forma uma maneira de violar os direitos da mulher que, vítima de um crime, ainda precisa passar por constrangimentos e se ver novamente violada na busca por aliviar um sofrimento.

4 (I) LEGALIDADE NA PORTARIA N° 2.561/2020

Essa seção tem por finalidade abordar a Portaria n° 2561/2020 do Ministério da Saúde quanto a sua (I) legalidade uma vez que ao ser publicada, foi alvo de inúmeras críticas sobre estar ou não ferindo direitos já adquiridos outrora pelas mulheres e também pelos profissionais da área da saúde.

Posto isso, essa abordagem se dará por vias bibliográficas tanto de doutrinas, artigos, quanto a própria Portaria em vigência, Código Penal, Código de Ética Médica e Constituição Federal.

A Portaria n° 2.561/2020 do Ministério da Saúde foi publicada em setembro de 2020, no intuito de formalizar o procedimento nos casos de aborto sentimental em que pese já existia uma portaria anterior que disciplinava sobre o assunto desde 2005.

A Portaria n° 1.508 GM/MS, de 1° de setembro de 2005 foi revogada, porém, foi utilizado alguns pontos já consolidados sendo outros modificados e fundamentados mais no âmbito penal do que nas questões relacionadas a saúde dando margem à críticas e possíveis ilegalidades.

4.1 A Portaria n° 2.561/2020 *versus* o Princípio da Dignidade Humana e do Direito a Saúde

O princípio da dignidade humana é um dos princípios fundamentais da Constituição brasileira de 1988 (art. 1°, III, CF/88), visando garantir uma vida digna em sua plenitude, proibindo um tratamento degradante e desumano. Essa garantia de vida digna inclui saúde, educação, segurança e lazer.

A saúde é um Direito Fundamental, sendo dever do Estado promovê-la, (BRASIL, 1988). Segundo a Organização Mundial de Saúde (1948), saúde é definido como o estado de completo bem-estar físico, mental e social não consistindo somente na ausência de doença ou de enfermidade.

Nesse sentido, o aborto sentimental é considerado um caso de saúde pública, assim, todo procedimento que envolve o abortamento deve acontecer de forma que seja respeitado o bem estar físico e mental da vítima.

Posto isso, se é de responsabilidade do Estado garantir o acesso ao aborto legal, sua recusa representa diretamente violação ao direito da saúde, porém, o que se deve observar é que essa negativa ao abortamento não se dá apenas de forma expressa quando a lei determina

não fazer, mas ela sim quando são colocados empecilhos para que a vítima não usufrua do seu direito pleno.

O dispositivo legal trata de forma especial esse tipo de abortamento, uma vez que o legislador entende que obrigar uma mulher a gerar um fruto de um crime violento estaria ferindo o princípio da dignidade humana. Nenhum direito é absoluto nem mesmo o direito a vida, assim, deve haver sim excecionalidades na lei que ampare situações como o caso de aborto decorrente de estupro. (NUCCI, 2020).

É fato que nesses casos existem dois bens jurídicos tutelados em choque que é a dignidade da pessoa humana *versus* direito a vida, mas aqui, o legislador entende que, o bem que deve ser priorizado é o da pessoa já existente, ou seja, a mãe. (NUCCI, 2020).

O aborto não é obrigatório no caso de estupro, é uma decisão que deve ser única e exclusiva da vítima grávida, porém, deve o Estado dar, além do direito a interrupção da gravidez, condições para que isso ocorra, garantindo a saúde física e psíquica da vítima.

Denominado pela doutrina como aborto humanitário ou sentimental, (FRANÇA, 2014), esse tipo de aborto por ser decorrente de um crime sexual, a Lei deveria priorizar o bem-estar da vítima, entendendo que ela deve receber um atendimento humanitário, buscando minimizar ao máximo o sofrimento ocasionado pelo crime bem como pelas consequências do mesmo.

Porém, o que se vê na Portaria publicada é sua fundamentação totalmente voltada para o âmbito penal, tanto no intuito de responsabilizar o autor do crime quanto de não responsabilização do médico em casos em que a possível vítima se valha de mentiras para conseguir o aborto do que no Princípio da Dignidade Humana e na saúde da vítima em si. Segue parte do texto que fundamenta a Portaria nº 2561/2020.

Art. 7º Em razão da Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018, que alterou o artigo 225 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, o médico e os demais profissionais de saúde ou responsáveis pelo estabelecimento de saúde que acolherem a paciente dos casos em que houver indícios ou confirmação do crime de estupro, deverão observar as seguintes medidas:

I - Comunicar o fato à autoridade policial responsável;
II - Preservar possíveis evidências materiais do crime de estupro a serem entregues imediatamente à autoridade policial ou aos peritos oficiais, tais como fragmentos de embrião ou feto com vistas à realização de confrontos genéticos que poderão levar à identificação do respectivo autor do crime, nos termos da Lei Federal nº 12.654, de 2012. (IMPrensa Nacional/2020).

Para a Comissão Nacional Especializada de Violência Sexual e Interrupção Gestacional (2020), essa notificação compulsória afasta a mulher de efetivar seu direito uma vez que essa decisão de buscar vias judiciais deveria ser apenas da vítima.

A Portaria não proíbe que a mulher faça o abortamento nesses casos, porém, não se encontra em seu texto um amparo expresso a mulher diante da situação, vemos que a Portaria se fundamentou mais no âmbito penal do que no direito da mulher e nos cuidados legais que ela deveria ter ante ao fato.

Sobre a obrigatoriedade da notificação à autoridade policial, essa Comissão defende que a denúncia deva ocorrer apenas por decisão da mulher respeitando-se o direito ao sigilo, à privacidade e à autonomia. A compulsoriedade da denúncia viola esses direitos, bem como impõe a quebra do dever ético de sigilo profissional, regulamentado pelo artigo 73 do Código de Ética Médica e tipificado como crime no artigo 154 do Código de Processo Penal por desrespeitar a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, cláusula pétreia presente no art. 5º, X, da Constituição Federal (Brasil, 1988). Além do prejuízo à necessária relação de confiança em um momento de assistência tão delicado, existem evidências de que esta atitude culmina frequentemente no afastamento da mulher dos espaços de assistência (HYMAN; SCHILLINGAN; LO, 1995; THOMAS, 2009), tem pouco ou nenhum efeito na condenação do autor do crime (HYMAN; SCHILLINGAN; LO, 1995; SACHS et al., 1998; ANTLE et al., 2010), além de expor a mulher ao risco de retaliação por parte do agressor (HART, 1993; ANTLE et al., 2010). A notificação obrigatória é contrária ao Código de Ética Médica, art 154 e a Constituição Federal 1988. (CNE de VIOLENCIA SEXUAL E INTERRUPÇÃO GESSTACIONAL, 2020).

Segundo Pilitize (2019), o termo “tratamento degradante” está associado aos casos onde a pessoa é levada agir contra sua vontade. Diante do artigo 7º da referida portaria, mesmo que a vítima não tenha procurado a polícia, o próprio médico deverá fazê-lo, e por consequência, essa vítima, mesmo contra a sua vontade, terá sua intimidade e privacidade violada, a partir do tratamento degradante, ferindo assim o princípio da dignidade humana.

Quando uma Portaria do Ministério da Saúde visa viabilizar as questões referentes ao aborto no caso de violência sexual se preocupa mais em fundamentar-se no âmbito penal do que na situação da vítima em si, fere o princípio da dignidade humana e cria barreiras que impedem a maioria das mulheres a procurarem seus direitos, uma vez que elas podem não desejar vias judiciais por motivos que só cabem a ela. (CNE de VIOLENCIA SEXUAL E INTERRUPÇÃO GESSTACIONAL, 2020).

Muitas delas podem deixar de procurar por um aborto seguro, legal, com amparo profissional por medo da exposição, fazendo com que as vítimas busquem, na ilegalidade, o aborto, colocando em risco sua vida, ou então, levando adiante uma gravidez indesejada, desencadeando problemas emocionais e psicológicos. (MORI,2020).

Quando isso acontece, é responsabilidade do Estado, uma vez que o direito a saúde teve seu acesso dificultado pelo próprio ferindo assim um dos direitos legais dessa vítima que é o direito a saúde.

O que vemos nos casos de estupro quando não há denúncia é a vergonha, o medo de retaliação por parte do agressor e em muitos casos, o agressor é parente da vítima. É notório o desejo em responsabilizar criminalmente o agressor, mas, não se pode negar que não haver sigilo quando vítima assim desejar pode trazer sérias consequências quanto ao direito da vítima. (LEÃO, 2020).

Ante ao contexto apresentado, a nova Portaria pode provocar desconfiança à vítima, podendo inclusive deixar de exercer seu direito. Em que pese, a saúde deveria se pautar em acolher a vítima, sendo de suma relevância distinguir o hospital de delegacias não havendo confusões entre a função entre eles.

Na cartilha do Ministério da Saúde sobre normas técnicas de atenção humanizada para o abortamento, não se encontra exigências judiciais para aborto, seguindo o viés de que a palavra da vítima tem presunção de veracidade uma vez que entendem que a situação já e demasiadamente dolorosa por si só, havendo a necessidade de maiores dificuldades para exercer seu direito de não prosseguir com uma gravidez que seja fruto de uma violência sexual.

Assim, conforme a Cartilha do Ministério da Saúde, não há exigência legal de nenhum documento judicial, seja boletim de ocorrência, seja autorização judicial, para que essa vítima tenha acesso ao seu direito, havendo apenas a necessidade do consentimento expresso da vontade da vítima em interromper a gravidez. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2005).

Fato é que mesmo havendo na legislação um dispositivo legal que trata do assunto, se faz necessário viabilizar como de fato isso deve ocorrer dentro do território nacional, principalmente, pelo fato do aborto ser um crime tipificado no nosso ordenamento jurídico, sendo o aborto terapêutico e o humanitário, exceções a regra. Em resumo, a prática do abortamento quando a gravidez resulta de estupro ou de qualquer crime contra a dignidade sexual é um abortamento lícito e não criminoso, é um direito da mulher e é um dever do Estado. (BRASIL, 2011).

Exposto isso, de fato quando o governo publica uma Portaria que visa regulamentar como deve ser o procedimento do aborto em casos de violência sexual, que em seu âmago, dificulta o acesso legal ao aborto fere preceitos fundamentais constitucionais mesmo não havendo uma negativa tácita. Observando ainda, como já explicito que ao obrigar alguém a

agir contra a sua vontade expondo sua intimidade e privacidade é considerado tratamento degradante, vedado pela Constituição Federal (1988).

O direito à vida, abarca o direito à saúde, que por sua vez, não se trata apenas de doenças, vai muito além disso, incluindo o bem-estar da pessoa. Diante do fato de se tratar de uma vítima de violência sexual que está em busca de um aborto sentimental, esse tratamento deve zelar pelo cuidado e bem-estar minimizando os traumas já sofridos sem a necessidade de revitimização.

Não o bastante colocar situações que dificultem a mulher à buscar o seu direito também é uma forma de negá-lo. Pois, se no dispositivo legal (art. 128, II, CP) não há nenhum critério para o abortamento em casos de estupro, as normas sequenciais também não deveriam conter justamente para que a pessoa tenha seu direito plenamente atendido.

4.2 A Portaria N° 2.561/2020 Versus Sigilo Médico

Essa subseção visa analisar a Portaria em voga e o direito médico, no que tange ao direito ao sigilo profissional. Para tanto, será feita uma análise do artigo 7º, I e II, bem como a Lei n° 13.718/2018 e também a Lei n° 13.931/2019 em contraponto com o artigo 154 do Código Penal, o artigo 5, X da Constituição Federal e também o artigo 73 do Código de Ética Médica.

Antes de adentrar ao texto legal da portaria, é necessário entender duas Leis sancionadas antes mesmo da publicação da Portaria que fazem menção aos casos de violência sexual. A Lei n° 13.718/2018 alterou o Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), tornando pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável.

A Lei n° 13.931/2019, em seu artigo primeiro faz menção a notificação compulsória nos casos de suspeita de violência contra a mulher.

“Art. 1º Constituem objeto de notificação compulsória, em todo o território nacional, os casos em que houver indícios ou confirmação de violência contra a mulher atendida em serviços de saúde públicos e privados.

§ 4º Os casos em que houver indícios ou confirmação de violência contra a mulher referidos no caput deste artigo serão obrigatoriamente comunicados à autoridade policial no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, para as providências cabíveis e para fins estatísticos”. (NR) (PLANALTO, 2019).

O artigo 1º da Lei supracitada, traz a obrigatoriedade dos profissionais da saúde em comunicar a polícia sobre o crime em até 24h. De fato, anterior a publicação da Portaria que visa regulamentar o procedimento para o aborto já havia sido sancionada a lei que

fundamentou o artigo 7º da Portaria nº 2.561/2020 do Ministério da Saúde, trazendo a notificação compulsória obrigatória por parte da equipe que atendeu a vítima, uma vez que a ação penal dos casos de violência sexual se tornou pública incondicionada.

A discussão aqui é sobre a legalidade em exigir a notificação compulsória nos casos em que houver suspeita de violência sexual, pois isso vai de encontro ao compromisso médico de sigilo profissional bem como a violabilidade, a intimidade e a privacidade da vítima.

Posto isso, é necessário entender que o sigilo médico é amparado pelo Código de Ética de Medicina no artigo 73, onde é vedado ao médico revelar o fato do qual teve conhecimento em virtude da profissão a outrem e é tipificado no Código penal no artigo 154 a penalidade no caso em que o profissional revelar algum segredo do qual teve acesso por conta da profissão.

O sigilo médico é um fundamento importante entre o profissional e o paciente, um exercício de confiança, onde se busca solução para um determinado problema. (GENIVAL, 2014). Porém, como já foi explanado, nenhum direito é absoluto, existem as exceções para o sigilo médico que no caso uma das exceções que nos interessa trata justamente da obrigatoriedade da quebra do sigilo.

Quando se tratar de situações em que o tipo da ação penal for pública incondicionada, o médico deverá se abster do sigilo e notificar a polícia em até 24h, conforme exige a portaria. Isso porque devido à alteração na tipificação da ação penal, o médico não apenas pode como deve cumprir o que está estipulado em Lei, nesse caso a Lei nº 13.931/2019.

O conceito de sigilo absoluto com caráter de inviolabilidade e sacralidade, já não existe mais no âmbito médico, uma vez que o interesse coletivo e da justiça prevalece sobre o individual. O que deve prevalecer atualmente é o fato de ser o sigilo médico relativo, sendo sua revelação sempre fundamentada por razões éticas, legais e sociais, e que isso venha ocorrer com certa cautela e em situações muito especiais do exercício da medicina, quando se diz que um interesse superior exigiu tal violação. (GENIVAL, 2014).

Em que pese, o artigo 128, do código penal, não exige nenhum informe policial para o aborto sentimental, isso porque, o legislador entende que o bem que deve ser preservado nesses casos é o bem estar da vítima, no intuito de minimizar o sofrimento já vivenciado por ela. (BITENCOURT, 2019).

De fato, esse direito de buscar solução sem ter que, primeiro, comunicar a polícia quanto ao fato ou buscar autorização judicial para exercer seu direito como também dar à vítima uma tranquilidade maior quanto a busca por hospitais, no intuito de ter a sua privacidade e intimidade preservada. Ante a nova Lei 13.931/2019, trazendo a notificação

compulsória, obrigando o médico a notificar a polícia em caso de suspeita de violência sexual tende a afastar a vítima de exercer seu direito. (LEÃO, 2020).

Para alguns doutrinadores como Nucci (2020), deve-se exigir ao menos o boletim de ocorrência da violência sexual sofrida sob a alegação de que qualquer mulher que desejasse o abortamento poderia alegar o estupro e se apossar de um direito que não lhe é devido, infringindo uma norma, sem que haja punição.

Outro fator questionado por Nucci (2020) seria a responsabilização judicial do médico em casos em que a mulher se valha de uma mentira para se beneficiar do aborto, porém, esse é um fato que deve ser desconsiderado, uma vez que a mulher diante de uma falsa afirmação de estupro assume todo e qualquer risco de responder judicialmente pelo crime de aborto e falsidade quanto às informações repassadas ao médico responsável pelo procedimento.

Já Bitencourt (2019), entende que o atendimento médico deve se apartar das questões judiciais, obviamente que deve instruir a vítima a procurar meios judiciais de punir o agente do crime, porém, isso não deve ser um requisito para o abortamento no caso de estupro, entendendo o momento delicado que a vítima se encontra.

O que se percebe é que a portaria leva em consideração fatos que já estão bem regulamentados na Lei Penal, não havendo necessidade em preocupar quanto à responsabilização do médico uma vez que já está claro no caput do artigo 128 do Código Penal, onde não haverá responsabilização do médico em caso de aborto decorrido de uma mentira por parte da suposta vítima. (BRASIL, 1940).

Assim, tal fundamentação da Portaria quanto à proteção a equipe médica se faz desnecessária, uma vez que já há amparo legal no próprio dispositivo que trata o aborto sentimental.

Posto isso, não há que se falar em crime cometido pelo médico, se ele, verdadeiramente, agiu de boa fé ante a situação, caracterizando erro de tipo, excluindo o dolo, afastando assim a tipicidade. Cabendo responsabilizar somente a mulher, que, tentou se beneficiar de uma excludente de ilicitude, para cometer um crime tipificado no Código Penal, que é o crime de aborto. (BITENCOURT, 2019).

Uma vez que a vítima compreendendo a situação em que ela se encontra após a violência sexual, sabendo das possíveis consequências em caso de denuncia, pois, em grande maioria nos casos em que não há denuncia, o responsável pelo crime é alguém conhecido da vítima que prefere abster-se de meios judiciais, mas não do amparo à saúde. (LEÃO, 2020).

Ao procurar uma solução para o seu sofrimento e com isso ter sua intimidade e privacidade exposta pelo profissional que a ela confiou informações dolorosas, faz com que a

vítima deixe de procurar o atendimento legal e busque meios ilegais para assim poder abortar o fruto de uma violência sexual. (LEÃO, 2020). E faz-se necessário evidenciar que a intimidade e privacidade são invioláveis por garantia Constitucional (BRASIL, 1988).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho trouxe todo o contexto histórico e jurídico quanto a questão da dignidade sexual da pessoa, bem como os fundamentos sobre a criminalização da violência sexual ao aborto e também o que fundamenta as exceções a regra no caso de despenalização em algumas situações.

O aborto voluntário é criminalizado no nosso país, porém, existem algumas exceções em que a lei não pune o abortamento. Um desses casos é o abortamento advindo do estupro, artigo 128 do Código Penal, pois é pacificado que obrigar a vítima a gestar um feto, fruto de uma violência sexual é ferir o princípio da dignidade humana.

O artigo 128 traz a exceção à regra onde o abortamento é despenalizado, mas, ante ao dispositivo legal se faz necessário regulamentar como o procedimento deve ser feito. Como já explanado no trabalho, por anos a Lei não teve uma portaria que regulamentasse o procedimento tendo a primeira em 2005. Em 2011, o Ministério da Saúde criou a cartilha técnica de atenção humanizada ao abortamento, buscando auxiliar um pouco mais o atendimento das vítimas.

Em 2013, foi publicada a Lei 12.845, regulamentando os atendimentos às vítimas de violência sexual e todo o procedimento necessário, em todos os hospitais públicos do país. Mas ante a esse fato, já cabe ressaltar que a Lei não é efetiva, como foi demonstrado ao longo do trabalho, onde somente alguns poucos hospitais estão aptos para a realização de todos os procedimentos necessários à vítima de violência sexual.

A última portaria criada foi a de nº 2.561/2020, que regulamenta o procedimento nos casos de atendimento à vítima de estupro que esteja gestante e opte pelo abortamento. Portaria essa que tem como fundamento alterações no âmbito penal quanto à persecução da ação nos casos de violência sexual contra a mulher.

Ante a isso, o estudo buscou identificar a (i) legalidade da portaria, uma vez que esta trouxe alguns artigos que ao invés de amparo e apoio a vítima, veio com proposta de auxiliar a justiça nos casos de estupro.

Foi feito um trabalho de análise da portaria ante ao direito penal, que visou identificar se havia ilegalidade no que tange as suas fundamentações e na questão da notificação compulsória. Através da pesquisa bibliográfica em doutrinas e na própria lei não há ilegalidade na portaria quanto ao direito penal.

A notificação compulsória está amparada pela Lei nº 13.931/2019, que determina que os hospitais públicos e particulares que atenderem mulheres vítimas de violência devem notificar a polícia em 24h.

O que pode concluir é que de fato, as normas entram por si só em contradição, afetando assim o direito principal que é o direito da vítima em abortar. Mesmo entendendo que o médico após a alteração da Lei que modifica o tipo penal da ação dos crimes de violência sexual, o direito da vítima, não deveria ser extinto.

Em que se pese, ante aos estudos explanados acima quanto as possíveis ilegalidades na Portaria em voga, chega-se à conclusão de que, diante da norma penal, processo penal e o direito que valida o sigilo médico, não há que se falar em Ilegalidade, uma vez que uma não contradiz a outra. Diante da Lei que passou a vigorar colocando os crimes sexuais como ação pública incondicionada fundamenta de forma legal Portaria em questão.

Porém, existe uma discussão que vai além do âmbito penal, que inclui uma norma maior, no caso a Constituição Federal, uma vez que o presente trabalho se propôs a identificar possíveis ilegalidades, assim baseando na norma maior, cabe ressalva que há ilegalidade da portaria.

A Portaria em si fere princípios e garantias fundamentais consolidados pela Constituição como o direito à saúde, à privacidade, à intimidade e da dignidade da pessoa humana. Em que pese todas as normas devem estar em consonância com a norma maior no caso a Constituição Federal, assim sendo, uma vez que uma Lei ou uma portaria que visa regulamentar os procedimentos autorizados em Lei, como é o caso estudado, ela não deve ferir princípios e garantias fundamentais.

Como já mencionado, qualquer norma que inviabilize ou dificulte o acesso a saúde fere o direito à saúde garantido pela Constituição, da mesma forma é a questão da privacidade, da intimidade e da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, confirma-se a hipótese de que há fragilidade jurídica quanto as exceções para o abortamento no Brasil, uma vez que mesmo sendo amparada pelo direito penal, a mesma é frágil ante o seu cumprimento, diante das diversas instituições que negam o atendimento das exigências de documentações sem necessidade no objetivo de dificultar o acesso da vítima ao seu direito.

A segunda hipótese levantada foi se há ilegalidade na Portaria nº 2.561/2020, para tanto, a portaria foi analisada dentro do âmbito penal e constitucional, entendendo que a portaria está em consonância com o código penal, mas foi identificado que diante ela fere o

princípio da dignidade humana, bem como o direito à saúde, à intimidade e à privacidade, princípios e garantias fundamentais da Constituição Federal.

Ante a tudo o que já foi exposto fica claro a ilegalidade da Portaria nº 2.561/2020, abrindo espaço para novas discussões quanto a possíveis ilegalidades das normas que a fundamentam.

6 REFERÊNCIAS

- BESSE, Susan K. **Modernizando a desigualdade: reestruturação da ideologia de gênero no Brasil (1914-1940)**. Traduzido por Lólio Lourenço de Oliveira. São Paulo: Endusp, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado** / Cezar Roberto Bitencourt. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 4: parte especial – dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BITENCOURT, **Tratado de Direito Penal** - Volume 4 - 15ª Edição 2021. Google Books. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=WTiiEAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT3&dq=dignidade+sexual&ots=F1VF9EOKIK&sig=g8ON1UDAYUSfd28B9tlnILNHtRg#v=onepage&q=dignidade%20sexual&f=false>>. Acesso em: 16 May 2021.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Secretaria de Atenção à Saúde Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica** / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Área Técnica de Saúde da Mulher. – 2. ed. – Brasília: Ministério da Saúde, 2011. Disponível em: http://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento_norma_tecnica_2ed.pdf.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. In: **Diário Oficial da União**: 1940.
- BRASIL. Lei de 16 De Dezembro De 1830. **Código Criminal do Império do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 15 maio 2021
- BRASIL. Decreto Nº 847, De 11 De Outubro De 1890. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 15 maio 2021
- BREDOFW, Rosi, "**Menina de 10 anos engravida depois de ser estuprada em São Mateus, no ES**", G1, 08/08/2020.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. V. 2. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. V. 3. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CREMESP. **Centro de Bioética**. Bioetica.org.br. Disponível em: <<http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=Destaques&id=27>>. Acesso em: 2 May 2021.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**. Parte especial (art. 121 ao 361). 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico** – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Myllena. **O médico pode se recusar a fazer o aborto legal?** Jusbrasil. Disponível em: <<https://myllena.jusbrasil.com.br/artigos/913335685/o-medico-pode-se-recusar-a-fazer-o-aborto-legal>>. Acesso em: 16 May 2021.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. V. III. Niterói: Impetus, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. V. II. 11. ed. Niterói: Impetus, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial, volume III**. 14^a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

HMI mantém atendimento a vítimas de violência sexual na pandemia - Secretaria da Saúde. Go.gov.br. Disponível em: <<https://www.saude.go.gov.br/noticias/11049-hmi-mantem-atendimento-a-vitimas-de-violencia-sexual-na-pandemia>>. Acesso em: 16 May 2021

IMPrensa NACIONAL. Portaria Nº 2.561, De 23 De Setembro De 2020 - Dou - **Imprensa Nacional**. In.gov.br. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2.561-de-23-de-setembro-de-2020-279185796>>. Acesso em: 2 May 2021.

JUDICIÁRIO, Poder; **Liminar, Medida. Marcação e Preferências**. [s.l.]: , [s.d.]. Disponível em: <<https://www.pdt.org.br/wp-content/uploads/2020/09/ADPF-Portaria-2.282-Protocolo-da-oposi%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 2 May 2021.

Lei nº 13718. Planalto.gov.br. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm>. Acesso em: 2 May 2021.

Lei nº 12845. Planalto.gov.br. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12845.htm>. Acesso em: 16 May 2021.

LIMA, Claudia Araújo de; DESLANDES, Suely Ferreira. **Sexual violence against women in Brazil: achievements and challenges of the health sector in the 2000s**. Saúde e Sociedade, São Paulo, v. 23, n. 3, p. 787-800, jul. /set. 2014

MEDICINA, Conselho Federal de. **Código de ética médica**: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009 (versão de bolso) / Conselho Federal de Medicina – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Saude.gov.br**. Disponível em: <https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2005/prt1508_01_09_2005.html>. Acesso em: 16 May 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Atenção Humanizada Ao Abortamento Norma Técnica**
Brasília –DF. 2005 Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos -Caderno nº 4. [s.l.],
[s.d.]. Disponível em:

<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento.pdf>. Acesso em: 16 May 2021.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis; FREITAS, Tiago F. **A dignidade da pessoa humana na justiça constitucional**. Editora Almedina. 1ª edição. 2018

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forensse, 2020.

PACHECO, Eliana Descovi. **O aborto através dos tempos e seus aspectos jurídicos**.
Âmbito Jurídico, Rio Grande, n. 39, mar. 2007. Disponível em: . Acesso em: 13 set. 2016.

Principais Questões sobre Aborto Legal. Fiocruz.br. 2015. Disponível em:

<<https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/atencao-mulher/principais-questoes-sobre-aborto-legal/>>. Acesso em: 9 Aug. 2021.

SOUZA, Marcelle. **Estado brasileiro não garante acesso ao aborto para vítimas de estupro**. Revista Galileu. 2017 Disponível em:

<<https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Saude/noticia/2017/12/estado-brasileiro-nao-garante-acesso-ao-aborto-para-vitimas-de-estupro.html>>. Acesso em: 16 May 2021.

Vira lei obrigação de notificar casos de violência contra a mulher em 24 horas. Senado Federal. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/11/vira-lei-obrigacao-de-notificar-casos-de-violencia-contra-a-mulher-em-24-horas>>. Acesso em: 2 May 2021.



Coordenação de Pesquisa e Iniciação Científica do Curso de Direito

DECLARAÇÃO DE REVISÃO ORTOGRÁFICA

Eu, KÁTIA ANTONIA DA SILVA FERREIRA, professora licenciada em Letras - Português/Inglês pela Universidade Estadual de Goiás, DECLARO para os devidos fins que se fizerem necessários que realizei a REVISÃO ORTOGRÁFICA do Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: ANÁLISE DA PORTARIA N. 2.561/2020 E SUA (I) LEGALIDADE NO QUE TANGE O DIREITO AO ABORTAMENTO NOS CASOS DE VIOLÊNCIA SEXUAL, da aluna KETYLAH BONELLI BESSA, do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba.

Por ser verdade, firmo a presente.

Rubiataba, 06/08/2021.

KATIA ANTONIA DA SILVA FERREIRA:89588274168
Assinado de forma digital por
KATIA ANTONIA DA SILVA
FERREIRA:89588274168
Dados: 2021.08.06 09:19:47 -03'00'

KÁTIA ANTONIA DA SILVA FERREIRA
Titulação: Licenciatura Plena em Letras - Português/Inglês

Obs.: Anexo cópia do diploma.



Governo do Estado de Goiás
 Secretaria de Estado de Ciência e Tecnologia
Universidade Estadual de Goiás



(Curso com o reconhecimento renovado pela Portaria nº 1.379 de 30/07/2004, publicada no D.O.E. em 05/08/2004)

O REITOR DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE GOIÁS, no uso de suas atribuições, tendo em vista a conclusão do curso de graduação em LETRAS-PORTUGUÊS/INGLÊS E RESPECTIVAS LINGUAGENS no ano letivo de 2004 e o termo de colação de grau em 17 de fevereiro de 2005, confere o título de

LICENCIADO

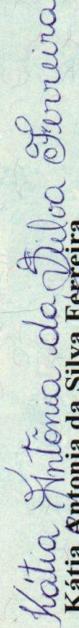
a

KÁTIA ANTONIA DA SILVA FERREIRA

brasileira, nascida a 03 de março de 1980 em Anápolis-Goiás, cédula de identidade nº. 4190352 DGPC-GO; outorga-lhe o presente diploma, a fim de que possa gozar de todos os direitos e prerrogativas legais.

Anápolis, 12 de maio de 2008


Prof. Luiz Antônio Arantes
 Reitor


Kátia Antonia da Silva Ferreira
 Diplomada



CEE UNIVERSIDADE ESTADUAL DE GOIÁS

Diploma registrado nos termos do § 1º do art. 48 da Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996, sob o nº 25361, Processo nº 200800020003105.

Anápolis, 12 de maio de 2008
Maria dos Santos Lacerda
Maria dos Santos Lacerda
Coordenadora Acadêmica

VISTO:

Maria Celeste Ribeiro
Prof.ª Maria Celeste Ribeiro

Coordenadora Geral de Acompanhamento e Registro Acadêmico

KETYLAH BONELLI BESSA

**ANÁLISE DA PORTARIA Nº 2.561/2020 E SUA (I) LEGALIDADE NO QUE TANGE
O DIREITO AO ABORTAMENTO NOS CASOS DE VIOLÊNCIA SEXUAL**

Monografia apresentada como requisito parcial
à conclusão do curso de Direito da Faculdade
Evangélica de Rubiataba, sob orientação do
professor especialista Lincoln Deivid Martins.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM 03 / 09 / 2021

Professor Especialista Lincoln Deivid Martins
Orientador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

LINCOLN DEIVID Assinado de forma digital
por LINCOLN DEIVID
MARTINS:997192 MARTINS:99719240130
40130 Dados: 2021.10.13 14:02:20
-03'00'

Professor Especialista Lucas Santos Cunha
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

LUCAS Assinado de forma
digital por LUCAS
SANTOS SANTOS
CUNHA:0380 CUNHA:03805403127
5403127 Dados: 2021.10.13
14:21:16 -03'00'

Professor Especialista Fernando Herbert Oliveira Geraldino
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

