



MINISTÉRIO DA SAÚDE

ASPECTOS JURÍDICOS DO ATENDIMENTO ÀS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL

**PERGUNTAS E RESPOSTAS PARA
PROFISSIONAIS DE SAÚDE**

Disque Saúde
0800 61 1997

Biblioteca Virtual em Saúde do Ministério da Saúde
www.saude.gov.br/bvs



Ministério da Saúde
Governo Federal



Brasília - DF
2010

efetivamente implantadas. Afinal, como dizia Norberto Bobbio⁶⁴, o problema fundamental em relação aos Direitos Humanos não é tanto o de justificá-los, mas, sim, o de protegê-los; não é filosófico, mas político. É por isso que o Ministério da Saúde tem envidado imensos esforços para adotar e implantar políticas públicas efetivas para garantir os Direitos Humanos Sexuais e Reprodutivos das Mulheres idosas, adultas, jovens e adolescentes, assegurando, principalmente, a instalação de serviços de assistência às vítimas de violência sexual e aborto legal nos hospitais públicos brasileiros.

MINISTÉRIO DA SAÚDE
Secretaria de Atenção à Saúde
Departamento de Ações Programáticas Estratégicas

ASPECTOS JURÍDICOS DO ATENDIMENTO ÀS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL

PERGUNTAS E RESPOSTAS PARA PROFISSIONAIS DE SAÚDE

Série F. Comunicação e Educação em Saúde

Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos – Caderno nº 7

2ª edição atualizada e ampliada



⁶⁴ A era direitos, Ed. Campus, RJ, 1992



MINISTÉRIO DA SAÚDE

ASPECTOS JURÍDICOS DO ATENDIMENTO ÀS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL

**PERGUNTAS E RESPOSTAS PARA
PROFISSIONAIS DE SAÚDE**

Disque Saúde
0800 61 1997

Biblioteca Virtual em Saúde do Ministério da Saúde
www.saude.gov.br/bvs



Ministério da Saúde
Governo Federal



Brasília - DF
2010

© 2005 Ministério da Saúde.
 Todos os direitos reservados. É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte e que não seja para venda ou qualquer fim comercial.
 A responsabilidade pelos direitos autorais de textos e imagens desta obra é da área técnica.
 A coleção institucional do Ministério da Saúde pode ser acessada, na íntegra, na Biblioteca Virtual em Saúde do Ministério da Saúde: <http://www.saude.gov.br/bvs>
 O conteúdo desta e de outras obras da Editora do Ministério da Saúde pode ser acessado na página:
<http://www.saude.gov.br/editora>

Tiragem: 1ª edição – 2005 – 10.000 exemplares
 Tiragem: 2ª edição – 2010 – 60.000 exemplares

Série F. Comunicação e Educação
 Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos – Caderno nº 7

Edição, distribuição e informações:
 MINISTÉRIO DA SAÚDE
 Secretaria de Atenção à Saúde
 Departamento de Ações Programáticas Estratégicas
 Área Técnica de Saúde da Mulher
 SAF, Trecho 2, Lote 5/6, Ed. Premium
 Torre II, Sala 17, Térreo. CEP: 70070-600
 Tel.: (61) 3306-8101
 E-mail: www.saude.mulher@saude.gov.br

Elaboração 1ª Edição:
 José Henrique Torres (Juiz de Direito da Vara do Júri de Campinas – SP. Professor de Direito Penal – PUC Campinas)

Editora MS
 Coordenação de Gestão Editorial
 SIA, trecho 4, lotes 540/610
 CEP: 71200-040, Brasília – DF
 Tels.: (61) 3233-1774 / 2020
 Fax: (61) 3233-9558
 E-mail: editora.ms@saude.gov.br
 Home page: <http://www.saude.gov.br/editora>

Colaboração 1ª Edição:
 Iolanda Vaz Guimarães
 Ivone Peixoto Gonçalves de Oliveira
 Juliana Monti Maifrino

Elaboração 2ª Edição:
 José Henrique Torres (Juiz de Direito da Vara do Júri de Campinas – SP. Professor de Direito Penal – PUC Campinas)

Colaboração 2ª Edição:
 Cláudia Araújo de Lima
 Daniela Cabral Gontijo
 Liliane Brum Ribeiro

Equipe editorial:
 Normalização: Delano de Aquino Silva
 Revisão: Khamila Silva e Mara Soares Pamplona
 Capa, projeto gráfico e diagramação: Marcelo Rodrigues

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Ficha Catalográfica

Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Pragmáticas Estratégicas. Aspectos jurídicos do atendimento às vítimas de violência sexual : perguntas e respostas para profissionais de saúde / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Pragmáticas Estratégicas. – 2. ed. atual. e ampl. – Brasília : Editora do Ministério da Saúde, 2010.
 48 p. – (Série F. Comunicação e Educação) (Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos ; Caderno n. 7)

ISBN 978-85-334-1710-6

1. Saúde da Mulher. 2. Política de saúde. 3. Prestação de cuidados de saúde. I. Título. II. Séries.

CDU 343.6

Catálogo na fonte – Coordenação-Geral de Documentação e Informação – Editora MS – OS 2010/0435

Títulos para indexação:

Em inglês: Juridical aspects of the attention to victims of sexual violence: questions and answers for health professionals.
 Em espanhol: Aspectos jurídicos de la atención a las víctimas de violencia sexual: preguntas y respuestas para profesionales de salud.

Mas ainda não é só. De acordo com o artigo 8º da Lei Maria da Penha, deverão ser adotadas e implantadas as seguintes **políticas públicas** de proteção à mulher contra a violência doméstica:

a) integração operacional: Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública devem atuar de forma integrada com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação;

b) promoção de estudos e pesquisas: com perspectivas de gênero, raça ou etnia concernentes às causas, consequências e frequência da violência doméstica e familiar;

c) garantia do respeito, nos meios de comunicação, aos valores éticos e sociais da pessoa e da família, para coibir os estereótipos;

d) promoção de campanhas educativas com ênfase na questão de direitos humanos e violência doméstica;

e) cooperação para implantação de programas de erradicação da violência: manutenção de convênios, protocolos, ajustes entre órgão governamentais e não governamentais;

f) capacitação permanente de juízes, promotores de justiça, delegados, policiais militares e civis, funcionários da educação, da saúde, etc., devem ser constantemente capacitados para o enfrentamento das questões relativas aos direitos humanos sexuais e reprodutivos das mulheres;

g) programas educacionais: devem ser adotados para a promoção da dignidade humana com perspectiva de gênero, raça e etnia; e

h) currículos escolares: devem ser alterados para a inclusão de direitos humanos, equidade de gênero, raça e etnia e violência doméstica.

Decididamente, como ficou acima evidenciado, existe no Brasil uma enormidade de direitos garantidos formalmente no âmbito dos sistemas de Direitos Humanos, constitucional e legal, que asseguram a implantação de medidas protetivas, nos sistemas judicial, policial, educacional e sanitário, visando à proteção da mulher contra a violência e, especialmente, contra a violência sexual. Assim, resta aos agentes públicos atuar efetivamente, no plano material, para que todas essas garantias sejam

mas, enquanto esses juizados não estiverem instalados e devidamente estruturados, a competência será das Varas Criminais (LMP, art. 33). Todavia, é preciso lembrar que a competência dos JVDPM não exclui a competência dos juízos cíveis (LMP, arts. 27 e 28). A mulher agredida deverá sempre estar acompanhada de advogado, salvo para o pedido de medidas urgentes (LMP, art. 19). O juiz também poderá adotar, nos termos do artigo 9º da LMP, medidas de assistência à mulher em situação de violência, para preservar a sua integridade física e psicológica, a saber: a) inclusão em cadastros de programas de assistência federal, estadual ou municipal (LMP, art. 9º, § 1º); b) acesso prioritário a remoção de servidora pública (art. 9º, § 2º, I); c) manutenção de vínculo trabalhista por 6 meses (art. 9º, § 2º, II); e d) acesso aos benefícios decorrentes do desenvolvimento científico e tecnológico, **incluindo serviços de contracepção de emergência, profilaxia de DST e aids, e outros cabíveis** (art. 9º, § 3º). Mas não é só. Visando à efetiva aplicação da LMP, os JVDPM poderão contar com uma Equipe de Atendimento Multidisciplinar, composta de profissionais especializados nas áreas jurídica, psicossocial e saúde (LMP, arts. 29 a 32). Além disso, as autoridades policiais, nos termos dos artigos 10 e 11 da LMP, para garantir a sua aplicação e a segurança das mulheres, deverão tomar as seguintes providências:

1. Medidas eminentemente policiais investigativas: instaurar Inquérito Policial (não cabe a mera lavratura de termo circunstanciado); lavratura de flagrante, quando cabível (não cabe mais o compromisso de comparecer em juízo); colheita imediata da representação nos casos de ação penal pública condicionada; providenciar acompanhamento de advogado para a mulher; realizar a identificação criminal do agressor, salvo nos casos de exceção constitucional; e

2. Medidas de acolhimento e proteção policial: acompanhamento para recolher pertences; proteção policial; **encaminhamento médico;** fornecimento de transporte para abrigo (risco de vida); fornecer esclarecimentos sobre medidas protetivas; providenciar acompanhamento de advogado; tomar por termo pedido de medidas urgentes; encaminhar pedido de providências urgentes; e dar cumprimento às medidas protetivas de caráter penal.

Sumário

APRESENTAÇÃO	5
ÁREA TÉCNICA DE SAÚDE DA MULHER	
Ministério da Saúde.....	7
1. O que é estupro? O homem pode ser estuproado? Constranger alguém, homem ou mulher, a praticar uma relação anal caracteriza um estupro? O que é violência sexual?	7
2. Qual é o conceito jurídico-penal de aborto?	9
3. O que dispõe a lei sobre o aborto pós-estupro?	11
4. É preciso confirmar que houve estupro para que a mulher possa praticar o abortamento?	14
5. Em que condições o médico poderá ser processado por realizar um abortamento?.....	15
6. Se o(a) médico(a) faz um aborto numa vítima de estupro e, depois, é descoberto que a mulher não falou a verdade, quais são as consequências para a mulher e para o profissional que a atendeu?	17
7. Há necessidade de verificação pelo médico do IML nos casos em que a vítima é atendida por ginecologista na emergência e, posteriormente, constata-se a gravidez, ou apenas o Boletim de Ocorrência garante a realização do aborto legal?.....	17
8. O BO tem que ser feito no momento em que a violência aconteceu ou pode ser feito posteriormente?	19
9. É possível atender a uma demanda de aborto de uma mulher ou adolescente que foi estuproada, não contou nada a ninguém e posteriormente descobriu que estava grávida?	22
10. É possível realizar o aborto sentimental quando a mulher se recusa a lavar o BO ou a oferecer representação contra o autor da violência?	22
11. Para a realização do aborto legal, quando há a obrigatoriedade do exame pelo perito?	24
12. O que é violência presumida? O que é pessoa vulnerável ?	24

13. Uma adolescente com 13 anos de idade, que engravida e não aceita a gravidez, pode pleitear a realização do aborto num serviço de referência, mesmo que não tenha sido forçada pelo namorado?27
14. Uma adolescente é vítima de violência sexual. Ela fica grávida em razão desse crime e deseja interromper a gravidez. Mas, ela não tem o apoio dos pais, que não consentem com o aborto. Como o profissional de saúde deverá proceder para atender a demanda dessa adolescente?29
15. É possível atender e garantir o sigilo a uma adolescente que não quer comunicar aos pais ou responsáveis que foi agredida sexualmente, estando ou não gestante?33
16. O que fazer diante de uma situação em que o responsável pela criança ou adolescente se recusa a notificar ao Conselho Tutelar a ocorrência de crime sexual contra essa criança ou adolescente ?39
17. Qual a diferença entre notificação e denúncia? Em que situação se aplica uma e outra? Nos serviços de saúde quem é o responsável por essas providências?39
18. Um médico pode recusar-se a fazer um aborto alegando razões de consciência? Como garantir o direito do profissional de saúde, regulado no Código de Ética Médica, e, ao mesmo tempo, garantir o direito da mulher, estabelecido pelo Código Penal?40
19. Uma mulher dá entrada num serviço de saúde em processo de abortamento, afirmando que levou um choque elétrico. Um profissional de saúde ou funcionário informa a uma ONG antiaborto o ocorrido. O presidente da ONG vai até o serviço, fotografa o feto e publica a foto em jornal, reivindicando que toda mulher que aborta deve ser investigada para que se saiba se é verdade ou não o que ela diz. Analisando essa situação, quais são os direitos da mulher e como deve proceder o diretor do serviço e o secretário de saúde do município?43
20. A Lei Maria da Penha é aplicável aos casos de violência sexual?44

âmbito de qualquer relação íntima de afeto (LMP, art. 5º, incisos I a III)⁶³. Assim, se a violência sexual é praticada contra a mulher, nas situações acima referidas, é aplicável a Lei Maria da Penha. E, em consequência, poderão ser adotadas, pelo sistema judiciário, além das medidas repressivas e punitivas do sistema penal, medidas protetivas de caráter civil e criminal. Contra o agressor, poderão ser aplicadas as seguintes medidas protetivas de urgência: I – suspensão da posse ou restrição do porte de armas; II – afastamento do lar, domicílio ou local de convivência; III – proibição de determinadas condutas (a.– aproximação – fixação de distância; b.– contato por qualquer meio de comunicação; e c.– frequência a lugares determinados); IV – suspensão ou restrição de visitas a dependentes; e V– alimentos provisionais ou provisórios (art. LMP, 22). Em favor da agredida, poderão ser adotadas as seguintes medidas protetivas: I – encaminhamento para programa de proteção; II – recondução ao domicílio; III – afastamento dele; e IV – separação de corpos (LMP, art. 23). Além disso, também é admissível a adoção das seguintes medidas protetivas patrimoniais em favor da agredida: I– restituição de bens; II – proibição para celebração de atos e contratos; III – suspensão de procuração; e IV – prestação de caução provisória (LMP, art. 24). Essas medidas podem ser requeridas pelo Ministério Público ou pela própria ofendida (LMP, art. 19). Se houver urgência, podem ser concedidas, pelo juiz, de forma imediata, sem a oitiva prévia do Ministério Público e independentemente da realização de audiência judicial. As medidas mencionadas também podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, substituídas, ampliadas ou revistas (LMP, art. 19, §§ 2º e 3º). E a prisão preventiva do agressor pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou judicial (LMP, art. 20). Mas não é só. A mulher deve ser notificada (informada) sobre todas as medidas, inclusive sobre a prisão ou a soltura do agressor. As causas relativas à Lei Maria da Penha deverão ser processadas e julgadas pelo Juizado Especial da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher,

⁶³ “Unidade doméstica” é o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive esporadicamente agregadas (art. 5º, inciso I). Família, por sua vez, significa comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, afinidade ou vontade expressa (art. 5º, II). Aliás, entidade familiar, de acordo com o conceito constitucional, abrange o casamento e a união estável (CF, art. 226). Enfim, a família pode ser monoparental (um dos pais e descendentes), anaparental (formada por irmãos), homoafetiva (LMP, artigos 2º e 5º, parágrafo único), paralela, concomitante e adúlterina. E relação íntima de afeto abrange a convivência, atual ou pretérita, independentemente de coabitação (art. 5º, inciso III).

do cliente, **pois o médico não se pode transformar em delator de seu paciente** (RT 562/407; e, no mesmo sentido, RJTJSP 81/437: decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo). Como se vê, na revelação do fato, conforme exposto na questão em comento, houve crime de violação de segredo profissional, o que caracteriza flagrante ilícito criminal e ético. A mulher, então, no caso em comento, tem o direito de representar criminalmente contra aqueles que praticaram a violação do segredo profissional. O crime previsto no artigo 154 do Código Penal é de ação penal pública condicionada à representação. Portanto, embora o Ministério Público possa promover a ação penal contra os responsáveis por tal violação de segredo médico, a denúncia dependerá de representação da vítima, ou seja, da mulher (CP, art.154, parágrafo único). Tem essa mulher também o direito de promover uma ação de indenização, no âmbito civil, pelos danos que sofreu, inclusive morais, decorrentes dessa violação do sigilo profissional. E os médicos que violaram o sigilo nesse caso também responderão por sua conduta ilícita diante dos preceitos do Código de Ética Médica. Além disso, cabe ao diretor do serviço instaurar processo administrativo contra os funcionários responsáveis pela violação do sigilo médico. Finalmente, cabe ao secretário do município, se o serviço for municipal, determinar tal providência, se o diretor do serviço omitiu-se. Aliás, o diretor do serviço também poderá ser responsabilizado administrativamente por eventual omissão nesse sentido.

20. A Lei Maria da Penha é aplicável aos casos de violência sexual?

R: A Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, que é a Lei Maria da Penha, foi criada com o objetivo de proteger a mulher contra a violência doméstica e familiar. E, para os fins da aplicação dessa lei, constitui violência contra a mulher: qualquer ação ou omissão baseada no gênero, que cause à mulher morte, lesão, sofrimento físico, sofrimento psicológico, dano moral, dano patrimonial ou **sofrimento sexual**, (LMP, art. 5º, *caput* e *incisos*). Como se vê, a Lei Maria da Penha abrange a violência física, psicológica, patrimonial, moral e **sexual também** (LMP, art. 7º). Entretanto, para a aplicação dessa lei, é necessário que essa violência seja realizada no âmbito (a) da unidade doméstica ou (b) no âmbito familiar ou (c) no

APRESENTAÇÃO

A violência sexual e/ou doméstica é fenômeno de conceituação complexa e multicausal, que atravessa uma intrincada teia de aspectos sociais, culturais, religiosos e econômicos. Por apresentar significativa dimensão epidemiológica, conforme demonstram dados da notificação compulsória (Lei nº 10.778/2003), por meio da Vigilância de Violência e Acidentes (Viva), a violência sexual e/ou doméstica contra crianças, adolescentes e mulheres adultas é considerada um grave problema de saúde pública.

O Ministério da Saúde, sensível aos indicadores e às reivindicações dos movimentos feministas e de mulheres, vem assumindo lugar de destaque na garantia dos direitos humanos das mulheres, de modo intra e intersetorial, especialmente de forma articulada com o Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra a Mulher, da SPM – Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, no âmbito do II Plano Nacional de Políticas para as Mulheres e do Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Infanto-Juvenil da Secretaria Especial de Direitos Humanos.

Pauta-se, para tanto, pelos acordos internacionais dos quais o Brasil é signatário – notadamente, a Conferência de Cairo (1994), a de Beijing (1995) e a Convenção de Belém do Pará (1994) – e ainda pela legislação nacional vigente – a Constituição Federal/88, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)/1990, o Código Penal e, em especial, a Lei nº 11.340/2006 – mais conhecida como Lei Maria da Penha –, marco político de uma mudança de paradigma no enfrentamento à violência contra as mulheres.

Apesar dos inquestionáveis avanços, o Ministério da Saúde reconhece que uma vida sem violência e uma cultura de respeito aos direitos humanos de mulheres permanecem um grande desafio. A reedição de **Aspectos Jurídicos do Atendimento às Vítimas de Violência Sexual – Perguntas e Respostas para Profissionais de Saúde** pretende não somente continuar a contribuir para uma atuação mais qualificada dos profissionais de saúde, mas também somar com os esforços e as iniciativas governamentais e não governamentais de enfrentamento à violência contra as mulheres em todos os seus ciclos de vida.

19. Uma mulher dá entrada num serviço de saúde em processo de abortamento, afirmando que levou um choque elétrico. Um profissional de saúde ou funcionário informa a uma ONG antiaborto o ocorrido. O presidente da ONG vai até o serviço, fotografa o feto e publica a foto em jornal, reivindicando que toda mulher que aborta deve ser investigada para que se saiba se é verdade ou não o que ela diz. Analisando essa situação, quais são os direitos da mulher e como deve proceder o diretor do serviço e o secretário de saúde do município?

R: De acordo com o artigo 66 da Lei das Contravenções Penais, a comunicação de crime à autoridade competente somente é obrigatória quando se trata de ação pública incondicionada e, ainda, **quando essa comunicação não exponha o paciente a procedimento criminal**. Portanto, embora o autoaborto, crime tipificado no artigo 124 do Código Penal⁶², seja de ação penal pública incondicionada, não cabe ao médico, ou a qualquer outro profissional do serviço de assistência médica, comunicar a sua ocorrência. É que, tal comunicação, obviamente, irá expor a mulher, inexoravelmente, a um procedimento criminal. Assim, nesse caso, há de prevalecer a inviolabilidade do segredo profissional. Lembre-se de que, nos termos do artigo 154 do Código Penal, a revelação de um segredo profissional constitui crime. A revelação de segredo médico somente é admissível quando ocorre justa causa. E, no caso em comento, não havia justa causa para a revelação do aludido segredo. Basta lembrar que o inciso II do artigo 66 da LCP dispõe que **“o fato criminoso não deve ser comunicado à Autoridade competente quando essa comunicação puder acarretar procedimento criminal contra o paciente”**. E não se olvide que, ao disciplinar a conduta do médico diante do sigilo profissional, o Código de Ética Médica, na letra “c” do artigo 73, do Capítulo IX, também dispõe, expressamente, que **o sigilo deve ser preservado, na investigação de crime, se a revelação do segredo puder expor o paciente a processo penal**. É por isso, aliás, que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que, tratando-se de investigação de crime, a revelação do fato deve ser feita em termos, ressaltando-se os interesses

⁶² CP, art. 124: Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque.

salvar a vida da gestante, deve o médico realizá-lo, sendo-lhe defeso invocar a objeção de consciência, pois, nessa situação, há de prevalecer o direito da mulher à vida. Mais uma vez é preciso lembrar que, de acordo com o Código de Ética Médica, a objeção de consciência não pode ser invocada “quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente”, exatamente como está previsto no item VII de seu Capítulo I, que trata dos Princípios Fundamentais do exercício da medicina. Portanto, se o abortamento necessário não for praticado em tal situação, o médico poderá ser responsabilizado civil e criminalmente pelos danos e prejuízos que causar à saúde da gestante em razão de sua omissão. Pode o médico omitente, inclusive, responder pela morte da gestante, criminalmente, por homicídio, pois podia e devia agir para evitar tal resultado (CP, artigo 13, § 2º).⁶¹ Finalmente, lembre-se de que é dever do Estado garantir à mulher a prática do “aborto legal”. Assim, para garantir o direito da mulher a esse abortamento lícito e não criminoso, o Estado deve manter, nos hospitais públicos, profissionais que estejam capacitados, preparados e dispostos a realizar tal ato médico. Caso não seja garantido esse direito da mulher, e venha ela a sofrer qualquer prejuízo moral, físico ou psíquico em decorrência dessa omissão, o Estado poderá ser responsabilizado civilmente pela indenização de tais danos. Aliás, por derradeiro, é bom lembrar que a objeção de consciência é um direito dos médicos, não um direito das instituições. É por isso que todas as instituições, públicas ou privadas, integrantes do sistema de saúde, têm a obrigação de garantir assistência às mulheres que desejam exercer os seu direito ao aborto não criminoso.

⁶¹ CP, art. 13, § 2º: O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido; (§ 2º) A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: (a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; (c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

ÁREA TÉCNICA DE SAÚDE DA MULHER

Ministério da Saúde

REVISÃO e ATUALIZAÇÃO de acordo com a Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 (Crimes contra a Dignidade Sexual) e Resolução do CFM nº 1.931, 17 de setembro de 2009 (Código de Ética Médica).

1. O que é estupro? O homem pode ser estuprado? Constranger alguém, homem ou mulher, a praticar uma relação anal caracteriza um estupro? O que é violência sexual?

R: Até o início do segundo semestre de 2009, quando foi sancionada a Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, o Código Penal Brasileiro trazia a previsão dos seguintes crimes contra a “liberdade sexual”: **estupro** (art. 213); **atentado violento ao pudor** (art. 214); **posse sexual mediante fraude** (art. 215); **atentado ao pudor mediante fraude** (art. 216); e **assédio sexual** (art. 216-A). O estupro era definido da seguinte forma: “*Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: pena – reclusão, de seis a dez anos*”. Assim, o estupro era um crime contra a liberdade sexual da mulher. Somente a mulher podia ser vítima de estupro. E esse crime somente era praticado mediante conjunção carnal, ou seja, mediante a penetração do pênis na vagina. Constranger mulher à prática de qualquer outro ato libidinoso, como a penetração anal, não caracterizava o estupro, mas, sim, outro crime: o “atentado violento ao pudor” (CP, art. 214). E o homem, quando constrangido, mediante violência (física) ou grave ameaça (psicológica) à prática de qualquer ato libidinoso, também não era vítima de estupro, mas, sim, do crime de “atentado violento ao pudor” (CP, art. 214). Entretanto, a partir da vigência da Lei nº 12.015/2009, o conceito de estupro mudou. Na realidade, os artigos 213 e 214 do Código Penal foram praticamente fundidos. O artigo 214 do Código Penal, que descrevia o “atentado violento ao pudor”, foi revogado, mas o seu texto foi incluído no artigo 213 do Código Penal, que ficou com a seguinte redação: “*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*”.

Essa é a nova descrição legal do estupro. Portanto, atualmente, a mulher e o homem podem ser vítimas de estupro, quando constrangidos, mediante violência (física) ou grave ameaça (psicológica) praticar conjunção carnal (penetração do pênis na vagina) ou qualquer outro ato libidinoso (exemplo: penetração anal ou oral). Além disso, o artigo 216 do Código Penal (“atentado ao pudor mediante fraude”) também foi revogado e o seu texto foi incorporado ao artigo 215 do Código Penal (antes: “posse sexual mediante fraude”; agora: “violação sexual mediante fraude”). Assim, atualmente, os “crimes contra a liberdade sexual” são os seguintes: **estupro** (art. 213); **violação sexual mediante fraude** (art. 215); e **assédio sexual** (art. 216-A). Mas não é só. A nova lei criou também um capítulo com a seguinte denominação: “**Dos crimes contra vulnerável**”. Neste capítulo (Capítulo II, do Título VI), estão previstas as seguintes figuras penais: “**estupro de vulnerável**” (art. 217-A)¹, que consiste em “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”; “induzimento de menor de 14 anos a satisfazer a lascívia de outrem” (art. 218)²; “satisfação de lascívia mediante a presença de criança ou adolescente” (art. 218-A)³; e “favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável” (art. 218-B)⁴. Portanto, todos os crimes previstos neste Título VI podem ser considerados, de uma forma ampla, como “violência sexual”. Assim, não é necessário que ocorra um constrangimento mediante violência física para que se caracterize uma “violência sexual”, que também abrange a “grave ameaça” e a quaisquer outras formas de constrangimento contra a expressão da sexualidade, como a fraude, prevista na “violação sexual mediante fraude” (art. 215). Finalmente, é importante deixar consignado que o antigo Título VI, que se referia aos “crimes contra os costumes”, agora tem um novo nome, bem mais adequado: “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Essa foi mais uma

¹ Código Penal, art. 217-A: “Estupro de vulnerável - Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos”.

² Código Penal, art. 218: “Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem: pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos”.

³ Código Penal, art. 218-A: “Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem: pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos”.

⁴ Código Penal, art. 218-B: “Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual, alguém menor de 18 (dezoito) ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: pena - Reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos”.

dispõe que, embora o médico não possa ser obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência, ressalva, expressamente, que essa objeção de consciência não pode ser invocada, em caso de urgência ou emergência, diante da ausência de outro médico, ou “quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente”. Como se vê, o Código de Ética Médica reconhece, nitidamente, que a objeção de consciência não é absoluta. E não é só. Lembre-se, também, de que o Código de Ética Médica também dispõe, no artigo 15 de seu Capítulo III, que trata da “Responsabilidade profissional”, que é vedado ao médico descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou tecidos, esterilização, fecundação artificial, manipulação ou terapia genética e “abortamento”. Assim, interpretando-se de modo sistêmico e teleológico os dispositivos mencionados do Código de Ética Médica, sob a égide dos princípios legais, constitucionais e de Direitos Humanos, verifica-se que, na realidade, o médico, especialmente aquele que atua no sistema público de saúde, tem, em princípio, o dever de realizar o “aborto legal” para que o direito da mulher seja garantido. Contudo, o médico poderá invocar a objeção de consciência e não praticar o “aborto legal” se houver outro médico capacitado e disponível para realizar o procedimento e se a sua recusa não acarretar danos à saúde física ou mental da gestante. E, nessa hipótese, embora seja lícito invocar a objeção de consciência, o médico tem o dever de realizar os seguintes procedimentos: (1) fornecer à mulher todas as orientações relativas ao exercício de seu direito ao “aborto legal”; (2) esclarecer à mulher que ela tem esse direito e que o Estado tem o dever de dar assistência a ela para a interrupção da gestação de forma segura; (3) praticar todas as condutas médicas necessárias para garantir a saúde da mulher; (4) realizar todos os procedimentos de emergência necessários; e, (5) sem adotar nenhum procedimento procrastinatório, encaminhar a mulher ao médico ou a um serviço que estiver habilitado e capacitado para a realização do “aborto legal” em tempo hábil e com segurança. Entretanto, não se pode falar em recusa por razões de consciência quando o abortamento é necessário, nos termos do artigo 128, inciso I do Código Penal, e a gestante estiver exposta a iminente risco de vida. Assim, se a prática do abortamento for a única forma de

ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente”. No caso do artigo 66 da LCP, cabe ao médico ou a qualquer pessoa que exerça a profissão sanitária fazer tal comunicação. E, no caso do artigo 269 do Código Penal, cabe ao médico comunicar à autoridade pública a existência de doença de notificação compulsória. É verdade que o artigo 269 do Código Penal usa a expressão “denunciar à Autoridade Pública”, mas, na realidade, não se trata propriamente de “denúncia”, pois, no caso em menção, cabe ao médico fazer a comunicação da existência de determinada doença à autoridade pública. Trata-se, pois, de notificação compulsória. Caso o médico deixe de fazer essa notificação, estará praticando o crime definido no artigo 269 do CP.

18. Um médico pode recusar-se a fazer um aborto alegando razões de consciência? Como garantir o direito do profissional de saúde, regulado no Código de Ética Médica, e, ao mesmo tempo, garantir o direito da mulher, estabelecido pelo Código Penal?

R: É verdade que, de acordo com o item IX do Capítulo II do Código de Ética Médica, constitui direito dos médicos “recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência”⁶⁰. Assim, diante do direito à objeção de consciência, não se pode, em princípio, obrigar o médico a praticar um aborto legal (abortamento não criminoso e lícito de acordo com o artigo 28 do Código Penal). Todavia, essa objeção de consciência, que é garantida por uma Resolução do Conselho Federal de Medicina, não é absoluta e não pode sobrepor-se incondicionalmente ao direito da mulher à assistência para a prática do “aborto legal”, direito esse garantido pela lei penal e, também, por nossa Constituição Federal e pelas normas internacionais de Direitos Humanos ratificadas pelo Brasil e incorporadas ao nosso sistema de garantias fundamentais. Assim, a objeção de consciência somente poderá prevalecer quando houver outro médico, que não a invoque, preparado, capacitado e disponível para a prática do ato. Aliás, não se olvide que o mesmo Código de Ética Médica, em seu Capítulo I, que trata de seus Princípios Fundamentais, no item VII,

grande conquista dos movimentos feministas, que, com razão, não aceitavam que os crimes acima referidos fossem considerados “crimes contra os costumes”, ou seja, contra a moralidade sexual, determinada por pautas de comportamento ditadas por uma ideologia patriarcal de dominação masculina, que estabelecia um padrão de comportamento sexual de acordo com padrões machistas. Agora, todos os crimes do Título VI, violam a “dignidade sexual”. Como se vê, o Código Penal, agora, seguindo a atual orientação constitucional e os ditames dos princípios gizados pelos direitos humanos sexuais e reprodutivos, considera a sexualidade como uma expressão da dignidade das pessoas e, em especial, das mulheres.

2. Qual é o conceito jurídico-penal de aborto?

R: A expressão aborto tem sido utilizada de modo equivocado. Na realidade, “aborto” é o produto do “abortamento”, que é a conduta de interrupção da gestação. Todavia, o próprio Código Penal utiliza essa expressão, “aborto”, quando se refere à criminalização do “abortamento”. Portanto, também é possível utilizar o termo “aborto” para se referir ao “abortamento”. Todavia, não há como confundir o conceito médico de abortamento com o seu conceito jurídico-penal. Para o conceito médico, abortamento é a interrupção do processo gestacional até a 20ª ou 22ª semana de gravidez, dès que o produto da concepção pese, pelo menos, 500 gramas⁵. A partir dessa idade gestacional, fala-se em “antecipação do parto”. Mas, para o conceito jurídico-penal, abortamento é a conduta de interrupção da gestação, a qualquer tempo, antes de seu termo final, dolosamente, causando a morte fetal. Esse conceito decorre da descrição da conduta do aborto no Código Penal (tipificação). Há três “tipos”⁶ ou figuras penais de aborto: (1) **autoaborto**, que é a conduta da gestante que pratica o aborto ou que permite que outra pessoa o provoque (CP, artigo 124)⁷; (2) **aborto praticado**

⁵ Norma técnica de atenção humanizada ao abortamento. Ministério da Saúde. 2005. p. 22: “Abortamento é a interrupção da gravidez até a 20ª-22ª semana e com produto da concepção pesando menos de 500g. Aborto é o produto da concepção eliminado no abortamento”.

⁶ Tipo penal é a descrição da conduta criminosa na lei. Antes de qualquer outra coisa, para ser criminosa, uma conduta deve estar descrita em lei como tal, ou seja, precisa estar “tipificada”, precisa ser “típica”.

⁷ CP, artigo 124. Praticar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: pena - Detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

⁶⁰ Diário Oficial da União, nº 183, quinta-feira, 24 de setembro de 2009. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO Nº 1.931, DE 17 DE SETEMBRO DE 2009, Aprova o Código de Ética Médica.

sem o consentimento da gestante (CP, artigo 125)⁸; e (3) **aborto praticado com o consentimento da gestante** (CP, artigo 126)⁹. E não se olvide que o aborto está metido a rol entre os crimes contra a vida¹⁰. Assim, o aborto é considerado um crime contra a vida do feto¹¹. Mas, como o aborto é a interrupção da gestação, é importante lembrar que somente há que se falar em aborto quando houver início da gestação. E, como é cediço, o processo gestacional inicia-se com a nidação ou nidificação. É por isso que não há aborto nessas condutas praticadas antes da nidificação: tomar ou administrar a pílula de anticoncepção de emergência (pílula do dia seguinte); utilização do DIU; e eliminação de embriões excedentes no processo de fertilização artificial ou *in vitro*. Como se vê, antes do início da gravidez, ou seja, antes da nidação, não há que se falar em abortamento. Além disso, também é necessário lembrar que o abortamento apenas pode ser considerado criminoso, de acordo com o seu conceito jurídico-penal, se a conduta é dolosa, ou seja, se a pessoa, gestante ou terceiro, age para interromper a gestação com a intenção de causar a morte do feto ou se pratica a conduta assumindo o risco de matá-lo¹². Assim, somente o aborto doloso pode ser considerado criminoso. Em consequência, não é criminoso o “aborto culposo”, ou seja, causado por negligência, imperícia ou imprudência¹³. Finalmente, também é imprescindível afirmar que não basta praticar a conduta descrita como aborto para que haja crime de abortamento. É que “crime”, no seu conceito analítico, é a **conduta típica** (descrita em lei), **antijurídica** (contrária ao ordenamento jurídico) e **culpável** (reprovável ou censurável). Assim, mesmo que haja interrupção dolosa da gestação, e ainda que ocorra a morte do feto, somente é possível afirmar a ocorrência de aborto criminoso se hou-

⁸ CP, artigo 125. Praticar aborto sem o consentimento da gestante: pena - Reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

⁹ CP, artigo 126. Praticar aborto com o consentimento da gestante: pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

¹⁰ CP, Parte Especial, Título: homicídio (art. 121); induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122); infanticídio (art. 123); e aborto (arts. 124, 125 e 126).

¹¹ Na realidade, a criminalização do aborto, antes de ser uma forma de proteção para a vida do feto, constitui um instrumento de controle da sexualidade feminina, inspirado por uma ideologia patriarcal de dominação e exclusão. Trata-se de um procedimento irracional, pois, além de ser ineficaz para proteger a vida dos fetos, a criminalização do aborto acarreta a sua prática de forma insegura e, conseqüentemente, morte e sequelas para as mulheres, o que representa um imenso custo social de um gravíssimo problema de saúde pública.

¹² Código Penal, artigo 18. Considera-se o crime (I) doloso, quando o agente quis ou assumiu o risco de produzir o resultado.

¹³ Código Penal, artigo 18. Considera-se o crime (II) culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

crime de ação penal pública incondicionada e se a revelação do fato não acarretar nenhum dano ou risco ao paciente. Se o crime for de ação penal privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o fato, que integra o segredo, não deve ser revelado. E, se a revelação puder acarretar dano ou risco ao paciente, o segredo também não pode ser revelado.

16. O que fazer diante de uma situação em que o responsável pela criança ou adolescente se recusa a notificar ao Conselho Tutelar a ocorrência de crime sexual contra essa criança ou adolescente ?

R: De acordo com o artigo 13 do Estatuto da Criança e do Adolescente, os casos de suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade. Assim, diante de um crime sexual praticado contra criança ou adolescente, cabe ao serviço comunicar o fato ao Conselho Tutelar, independentemente da vontade dos pais ou representantes legais, observado o que foi exposto na questão anterior quanto ao princípio de proteção de ambos.

17. Qual a diferença entre notificação e denúncia? Em que situação se aplica uma e outra? Nos serviços de saúde quem é o responsável por essas providências?

R: A notificação é uma comunicação obrigatória de um fato. Assim, nos casos do artigo 66 da Lei das Contravenções Penais, do artigo 13 do Estatuto da Criança e do Adolescente e do artigo 269 do Código Penal, a comunicação do fato é feita mediante notificação. A denúncia é o nome técnico dado à peça processual que dá início à ação penal pública promovida pelo Ministério Público. Portanto, a acusação, nos referidos casos, é feita exclusivamente pelo Ministério Público por meio de denúncia. A notificação (comunicação obrigatória do fato) cabe ao médico e ao responsável pelo estabelecimento de atenção à saúde no caso do artigo 13 do ECA. Lembre-se de que constitui infração administrativa, prevista no artigo 245 do ECA, “deixar o médico, professor ou responsável por estabelecimento de atenção à saúde e de ensino fundamental, pré-escola ou creche, de comunicar à Autoridade competente os casos de que tenha conhecimento, envolvendo suspeita

a comunicação do fato for prejudicial a crianças e adolescentes, conforme acima foi esclarecido, não haverá obrigatoriedade da comunicação. E não se olvide que, de acordo com o artigo 23, I do Código Penal⁵⁹, não há crime se o fato é praticado em “estado de necessidade”, assim definido no artigo 24 do Código Penal: “*Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se*”. Portanto, diante da necessidade da preservação da indenidade da saúde da adolescente ou criança, o fato poderá não ser comunicado, mas todas as circunstâncias dessa decisão deverão constar do prontuário. Finalmente, lembre-se, também, de que, de acordo com o artigo 154 do Código Penal, a revelação de um segredo profissional constitui crime. E a revelação do segredo médico somente é admissível quando ocorre justa causa. Assim, se não houver justa causa, o segredo médico não pode ser revelado para a autoridade policial, nem para o Ministério Público. Portanto, os dois dispositivos legais em menção (CP, art.154 e LCP, art. 66) exigem que a sua aplicação seja conduzida por uma interpretação sistêmica, que leve em consideração todas as normas acima mencionadas, os princípios constitucionais e de direitos humanos atinentes à assistência à saúde e, também, a necessidade de se garantir o princípio da proteção de adolescentes e crianças. Em consequência, as seguintes conclusões são inexoráveis: o segredo médico não pode ser revelado, a não ser que haja justa causa; se o paciente foi vítima de crime de ação penal pública incondicionada, há justa causa para a revelação do segredo; mas, se essa comunicação acarretar prejuízo para o paciente, o segredo deve ser preservado e a comunicação não deve ser feita, ou deve ser postergada, para que seja feita quando o risco for debelado.

Código Penal, artigo 154: Crime de Revelação de Segredo Médico

Por derradeiro, lembro, especificamente, do disposto no artigo 154 do Código Penal, que também merece análise. De acordo com esse dispositivo penal, constitui crime “*revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outro*”. Portanto, não ficará caracterizado o crime de violação de segredo profissional se o paciente for vítima de um

⁵⁹ Código Penal, artigo 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade, II - em legítima defesa; e III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de um direito.

ver antijuridicidade e culpabilidade. Mas, esses dois requisitos – antijuridicidade e culpabilidade – indispensáveis para a caracterização do crime de aborto, serão examinados nas próximas questões.

3. O que dispõe a lei sobre o aborto pós-estupro?

R: De acordo com o artigo 128, inciso II do Código Penal, o abortamento é um procedimento lícito “quando a gravidez resulta de estupro”, que é o crime tipificado no artigo 213 do Código Penal¹⁴. Nessa hipótese, o abortamento é um fato típico, ou seja, está previsto no tipo penal, mas não é criminoso, **porque não é antijurídico**. Trata-se do chamado “*aborto sentimental*” ou “*aborto ético*” ou “*aborto humanitário*”, uma das duas hipóteses de “*aborto legal*”, ou seja, de “*aborto não criminoso*”¹⁵. Nesse caso, exige-se o **consentimento** da mulher que foi estuprada ou, quando incapaz, de seu representante legal¹⁶. E, como o sistema penal considera lícita e não criminosa a prática do abortamento nessa situação, é direito da mulher interromper a gestação decorrente de estupro. Aliás, aqui é preciso fazer uma observação importante. Como ficou esclarecido na questão anterior, antes da vigência da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, o estupro era um crime praticado contra a mulher e exclusivamente mediante a prática de conjunção carnal (penetração do pênis na vagina). Assim, se uma mulher ficasse grávida sem que houvesse conjunção carnal, vítima, por exemplo, do crime de “*atentado violento ao pudor*” (CP, art. 214), ela, aparentemente, não teria direito ao abortamento, pois não se podia falar em estupro. Entretanto, a jurisprudência e a doutrina ensinavam que, por analogia, o abortamento também podia ser praticado quando a gravidez resultava de “*atentado violento ao pudor*”¹⁷. Hoje, todavia, não há mais necessidade de invocar a analogia para resolver esse problema. É que, como está esclarecido na questão anterior, o

¹⁴ Código Penal, artigo 213: constringer alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

¹⁵ São duas as hipóteses legais de exclusão de antijuridicidade do aborto: aborto necessário, praticado como única forma de salvar a vida da gestante (CP, art. 128, I); e aborto sentimental, praticado quando a gravidez decorre da prática de qualquer crime sexual (CP, art. 128, II).

¹⁶ Código Penal, artigo 128, inciso II: não se pune o aborto praticado por médico (II) se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

¹⁷ Código Penal, artigo 214: constringer alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

estupro, atualmente, de acordo com a nova redação do artigo 213 do Código Penal, consiste em constranger alguém, homem ou mulher, mediante violência (física) ou grave ameaça (psicológica) à prática de conjunção carnal ou de qualquer outro ato libidinoso. Mas, a alteração da descrição do estupro resolveu o problema apenas parcialmente, pois, como é cediço, a mulher pode engravidar como vítima de outros crimes sexuais. Assim, ainda é preciso invocar a analogia para afirmar que é direito da mulher a prática do aborto quando a gravidez resulta de qualquer crime contra a dignidade sexual. Aliás, lembre-se de que, de acordo com o inciso III artigo 234-A do Código Penal, “a pena do criminoso deve ser aumentada de metade, se de qualquer crime contra a dignidade sexual resultar gravidez”. Como se vê, atualmente, a legislação reconhece, expressamente, que a “gravidez” constitui um “resultado agravador” do fato em relação a todos os crimes contra a dignidade sexual. Assim, é evidente que, por analogia, a gravidez pode ser interrompida sempre que acontecer como resultado de qualquer delito contra a dignidade sexual, não apenas nos casos de estupro. Portanto, o artigo 128, inciso II do Código Penal, deve ser interpretado e aplicado da seguinte forma: não há crime de aborto quando a gravidez resulta de estupro ou de qualquer outro crime contra a dignidade sexual, que são todos aqueles previstos no Título VI, da Parte Especial, do Código Penal. Finalmente, é preciso deixar consignado que o abortamento sentimental, humanitário ou ético (CP, art. 128, II), assim como o aborto necessário (CP, art. 128, I), é uma conduta lícita e um direito da mulher. Ora, a Constituição Federal e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos garantem à mulher o direito à integral assistência médica e à plena garantia de sua saúde sexual e reprodutiva¹⁸.

¹⁸ Constituição Federal e Normas de Direitos Humanos: De acordo com o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, ratificados pelo Brasil, constituem dogmas constitucionais metidos a rol entre as garantias fundamentais, com natureza de cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal. Com efeito, como assevera Flávia Piovesan, que inclusive invoca ensinamentos de Antônio Augusto Cançado Trindade e de José Joaquim Gomes Canotilho, “Os Direitos garantidos nos tratados de Direitos Humanos de que o Brasil é parte, integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda da interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, com parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional” (Direitos humanos e o direito constitucional internacional, pg. 83, Ed. Max Limonad, SP, 1996). Ora, o Brasil ratificou a convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher – “Convenção de Belém do Pará” (1994), em 27 de novembro de 1995, a convenção Interamericana para prevenir e punir torturas (1985) em 20 de julho de 1989, a convenção Americana de Direitos Humanos – “Pacto de San José da Costa Rica” (1969), em 25 de setembro de 1992, a convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (1984), em 28 de setembro de 1989, a convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (1979), em 1º de fevereiro de 1984, e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), em 24 de janeiro de 1992. E tais tratados e convenções internacionais, que têm natureza constitucional no nosso ordenamento jurídico, garantem às mulheres o direito à igualdade e a

privada⁵⁵, não há obrigatoriedade dessa comunicação. Em consequência, com relação aos crimes contra a dignidade sexual, é preciso saber o seguinte:

(1) de acordo com o artigo 225 do Código Penal, **os crimes contra liberdade sexual** (CP, Título VI, Cap. I: estupro, do art. 213, violação mediante fraude, do art. 215 e assédio sexual, do art. 216-A) são crimes de **ação penal pública condicionada à representação da vítima ou de seu representante legal**⁵⁶, salvo se a vítima for menor de 18 anos de idade ou pessoa vulnerável, caso em que a ação penal será **pública incondicionada**, como dispõe o parágrafo único do artigo 225 do Código Penal⁵⁷;

(2) **os crimes sexuais contra vulnerável** (CP, Título VI, Cap. II: estupro contra vulnerável, do art. 217-A, induzimento de menor de 14 anos a satisfazer a lascívia, do art. 218, satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, do art. 218-A e favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável, do art. 218-B, *caput* e §§ 1º e 2º) são, todos, crimes de ação penal pública incondicionada⁵⁸; e (3) **todos os demais crimes contra a dignidade sexual** são também de ação penal pública incondicionada.

Assim, não há obrigatoriedade da comunicação do fato à autoridade competente, nos termos do artigo 66 da Lei das Contravenções Penais, quando o crime for de ação penal pública condicionada à representação, ou seja, nos casos mencionados na primeira hipótese acima invocada (**crimes contra liberdade sexual**, estupro, violação mediante fraude e assédio sexual, quando a vítima for maior de 18 anos e não vulnerável). Nos demais casos a comunicação é obrigatória. Todavia, essa regra não é absoluta, pois, em alguns casos, a comunicação não é obrigatória e a sua falta não caracteriza a contravenção penal em referência. Lembre-se do que foi acima exposto com relação ao princípio de proteção do menor. Assim, se

⁵⁵ CRIMES DE AÇÃO PENAL PRIVADA: são aqueles em que a ação penal contra o criminoso é promovida pela própria vítima, por advogado, mediante o oferecimento de “queixa”; o Ministério Público não tem legitimidade para atuar nesses casos como autor da ação penal, que é de exclusiva iniciativa da vítima; portanto, se a Autoridade Policial toma conhecimento de um crime dessa natureza, não pode instaurar o Inquérito Policial sem que haja requerimento da vítima ou de seu representante legal; e, se houver oferecimento de “queixa-crime” contra o criminoso, a vítima, representada por advogado, será a responsável pela acusação durante todo o processo.

⁵⁶ Código Penal, art. 225, *caput*: Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

⁵⁷ Código Penal, art. 225, parágrafo único: Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

⁵⁸ É verdade que consta do *caput* do artigo 225 do Código Penal que os crimes do Cap. II, assim como os do Cap. I, são de ação penal pública condicionada à representação, mas o parágrafo único do mesmo artigo dispõe que a ação penal será pública incondicionada quando a vítima for vulnerável, o que exclui integralmente o Cap. II (Dos crimes contra vulnerável) da exceção do *caput*.

ou creche, de comunicar às autoridades competentes os casos de que tenham conhecimento, envolvendo suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente”. Assim, constitui dever do médico comunicar, não apenas aos pais, mas também à autoridade competente (Conselho Tutelar, autoridade policial, promotor de Justiça ou juiz da Infância e Juventude), a ocorrência de uma violência sexual contra crianças e adolescentes, da qual tomou conhecimento no exercício de sua atividade profissional. Todavia, sob a égide do princípio da proteção de ambos, a não comunicação de tal fato à autoridade competente não poderá constituir infração administrativa se a revelação puder, de qualquer forma, acarretar danos para ambos. Entretanto, não se olvide que a decisão de não comunicar o fato às autoridades competentes também é excepcional e também deve ser fruto de uma decisão fundamentada e registrada no prontuário do menor, fruto da constatação concreta da possibilidade da ocorrência de dano.

Lei das Contravenções Penais – Artigo 66: Omissão de Comunicação de Crime

O artigo 66 da Lei das Contravenções Penais, que dispõe sobre a omissão de comunicação de crime, também merece referência. Segundo esse dispositivo, constitui contravenção penal “deixar de comunicar à autoridade competente a ocorrência de crime de que teve conhecimento no exercício de função pública ou no exercício da medicina ou de outra profissão sanitária”. Todavia, essa contravenção penal somente ficará caracterizada quando não houver comunicação de crime de ação penal pública incondicionada. Portanto, duas situações devem ser observadas: (a) se o crime que chegou ao conhecimento do profissional é de ação penal pública incondicionada⁵³, o fato deve ser comunicado; e (b) se o crime for de ação penal pública condicionada à representação da vítima⁵⁴ ou de ação penal

⁵³ CRIMES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA: são aqueles em que a ação penal contra o criminoso é promovida pelo Ministério Público, mediante “denúncia”; portanto, se a Autoridade Policial toma conhecimento de um crime dessa natureza, deve instaurar o Inquérito Policial, que é um procedimento investigativo; e o Ministério Público, representado pelo Promotor de Justiça, com base nesse Inquérito Policial, deve oferecer a “denúncia” e será o responsável pela acusação durante todo o processo.

⁵⁴ CRIMES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA: são aqueles em que a ação penal contra o criminoso também é promovida pelo Ministério Público, mediante “denúncia”, mas, nesse caso, o Promotor de Justiça somente poderá oferecer a denúncia se houver prévia autorização da vítima, ou seja, representação, que é a manifestação da vontade da vítima de ver o criminoso ser processado; portanto, nesses casos se a Autoridade Policial toma conhecimento de um crime dessa natureza, não pode instaurar o Inquérito Policial se não houver a representação da vítima; mas, se houver representação, o inquérito será instaurado e, depois, o Ministério Público, representado pelo Promotor de Justiça, oferecerá a denúncia e será o responsável pela acusação durante todo o processo.

Por conseguinte, se o nosso sistema jurídico permite a prática do abortamento ético, considerando-o absolutamente lícito, seria um absurdo incompreensível negar assistência médica à mulher que pretende interromper uma gravidez decorrente de crime sexual, punindo o médico que pratica o abortamento a pedido dessa mulher e obrigando-a a suportar os riscos, inclusive de morte, de um abortamento clandestino, marginal e inseguro, praticado em local inadequado, sem as necessárias e imprescindíveis condições técnicas, em condições precárias de higiene, sem assistência psicológica, sem acompanhamento profissional e sem qualquer respeito à dignidade humana. Decididamente, “a saúde é direito de todos e um dever do Estado”. Não se pode “dar com uma mão e tomar com a outra”. Não se pode permitir o abortamento legal, sentimental, ético ou humanitário, considerando-o lícito, e, ao mesmo tempo, abandonar a mulher que deseja praticá-lo. O aborto pós-estupro é um direito da mulher garantido pelas normas internacionais de direitos humanos, pela Constituição Federal e, especificamente, pela legislação penal. Aliás, vários documentos internacionais de Direitos Humanos, que tem natureza constitucional, de acordo com o nosso ordenamento jurídico¹⁹, afirmam que a mulher tem o direito de assistência médica para a prática do abortamento não criminoso. Com efeito, como está previsto em vários documentos internacionais

não discriminação, o direito à autodeterminação, o direito à segurança pessoal, o direito de não ser objeto de ingerências arbitrárias em sua vida pessoal e familiar, o direito de respeito à sua liberdade de pensamento e consciência, o direito de respeito à vida, o direito de que se respeite a sua integridade física, psíquica e moral, o direito ao respeito à sua dignidade, o direito ao acesso a procedimentos jurídicos justos e eficazes quando submetida a violência, o direito de não ser submetida a nenhum tratamento desumano ou cruel, no âmbito físico ou mental, e o direito ao tratamento de sua saúde física e mental. Mas não é só. Consta expressamente do parágrafo 8.25 do Programa de Ação do Cairo (Conferência Internacional de População e Desenvolvimento, Cairo, 1994), do parágrafo 106 k da Plataforma Mundial de Ação de Pequim (4ª Conferência Mundial sobre a Mulher, Pequim, 1995), do parágrafo 63, do Capítulo IV.C, do Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (Assembleia geral Extraordinária da ONU, Cairo + 5, Nova York, 1999) e do parágrafo 107 i do Documento de Resultados de Pequim + 5 (Assembleia Geral Extraordinária da ONU, Pequim + 5 – Mulher 2000: Igualdade de Gênero, Desenvolvimento e Paz para o século 21, Nova York, 2000) que às mulheres que optam pelo abortamento não criminoso (1) devem ser garantidas todas as condições para a sua prática de forma segura, e (2) deve ser proporcionado a essas mulheres um tratamento humano e a devida orientação. Aliás, segundo o parágrafo 63, III, do Capítulo IV do último documento acima invocado, nos casos de opção pelo abortamento não criminoso, “os sistemas de saúde devem capacitar e equipar as pessoas que prestam serviços de saúde e tomar outras medidas para assegurar que o aborto se realize em condições adequadas e seja acessível. Medidas adicionais devem ser tomadas para salvaguardar a saúde da mulher” (p. 70). Como se vê, é indubitável o reconhecimento internacional do direito da mulher à prática do abortamento não criminoso com todas as garantias cabíveis para a sua saúde física e mental, o que desvela de modo insofismável o cabimento da autorização do abortamento *in casu* e para que o ato seja realizado com segurança.

¹⁹ Constituição Federal, TÍTULO II – DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS E COLETIVOS – CAPÍTULO I – Artigo 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: (...)

Parágrafo 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil for parte.

Parágrafo 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes a emendas constitucionais.

Parágrafo 4º. O Brasil se submete à Jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

de direitos humanos, “às mulheres que optam pelo **abortamento não criminoso devem ser garantidas todas as condições para a sua prática de forma segura e deve ser proporcionado a essas mulheres um tratamento humano e a devida orientação**”. É por isso que também consta dessas normas de Direitos Humanos que nos casos de abortamento não criminoso, “**os sistemas de saúde devem capacitar e equipar as pessoas que prestam serviços de saúde e tomar outras medidas para assegurar que o aborto se realize em condições adequadas e seja acessível. Medidas adicionais devem ser tomadas para salvaguardar a saúde da mulher**”. 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.

4. É preciso confirmar que houve estupro para que a mulher possa praticar o abortamento?

R: Para a prática do abortamento legal, sentimental, ético ou humanitário, não há necessidade de decisão judicial afirmando a ocorrência do estupro ou de qualquer outro crime contra a dignidade sexual. Logo, **não há necessidade de autorização judicial nem de uma sentença condenando o autor do crime sexual**. Ademais, caso houvesse necessidade de uma prévia decisão judicial condenando o criminoso, o abortamento ético seria impraticável em razão da demora, muitas vezes até mesmo necessária e justificável, do procedimento judicial que deve ser observado nas ações penais. Decididamente, como ensina o jurista Roberto Delmanto, “*a lei não exige autorização judicial para a prática do aborto sentimental*” e “*não é necessário que exista processo contra o autor do crime sexual, nem muito menos que haja sentença condenatória*” (Código Penal Comentado, 5ª Edição, Editora Renovar, São Paulo, p. 250)²⁰. Como se vê, o serviço de saúde deve estar estruturado para acolher a mulher vítima de crime sexual e, mediante os procedimentos adequados (anamnese, exames clínicos e outros, verificação

²⁰ No mesmo sentido: Custódio da Silveira, *Direito Penal*, 1973, p. 129; Leite Fernandes *Aborto e Infanticídio*, 1972, p. 87-90; Júlio Mirabete, *Manual de Direito Penal*, 1986, volume II, p. 81; Amayrink da Costa, *Direito Penal 1994*, volume II, T. I, p. 194).

perder a confiança nos profissionais que o assistem, o que, obviamente, pode acarretar sérios prejuízos para o menor, frustrando o objetivo de garantia e proteção. Assim, se a revelação do segredo aos pais puder acarretar danos ao menor, o segredo também não deve ser revelado. E, se a não revelação puder acarretar algum dano para a menor, o segredo deve ser revelado.

NOTA: Devo observar, ainda, que o princípio da proteção a crianças e adolescentes deve orientar também a interpretação dos demais dispositivos legais que disciplinam a revelação ou não do segredo médico.

ECA, artigo 13: Comunicação ao Conselho Tutelar

De acordo com o artigo 13 do ECA, os casos de suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente devem ser comunicados ao Conselho Tutelar. Assim, em princípio, a ocorrência de uma violência sexual deve ser comunicada aos pais, como acima deixei consignado, mas, também ao Conselho Tutelar. Todavia, se essa comunicação puder acarretar qualquer dano físico ou psíquico para a criança ou adolescente, a comunicação ao Conselho Tutelar é descabida como é descabida a comunicação aos pais, conforme acima ficou consignado. É que tal comunicação aos pais e ao Conselho visa à proteção de crianças e adolescentes. Logo, obviamente, se a manutenção do segredo for imprescindível para a segurança de ambos, nem mesmo essa comunicação ao Conselho Tutelar há de ser exigida. Contudo, a não comunicação ao Conselho Tutelar, da mesma forma como a não comunicação aos pais, é uma situação excepcional, que deve ser fruto de uma decisão fundamentada do serviço de assistência a crianças e adolescentes. E essa decisão deve ser registrada no prontuário de ambos com a devida fundamentação e com os pareceres exarados pelos psicólogos, assistentes sociais e médicos. Entretanto, na primeira oportunidade, quando a possibilidade de dano estiver debelada, o Conselho Tutelar deve ser comunicado.

ECA, artigo 245: Infração Administrativa por Falta de Comunicação

Lembre-se também do disposto no artigo 245 do ECA, que dispõe ser infração administrativa “*deixar o médico, professor ou responsável por estabelecimento de atenção à saúde e de ensino fundamental, pré-escola*

exatamente o contrário. Na realidade, tal dispositivo afirma a obrigação de revelar o fato aos pais, estabelecendo, contudo, uma exceção para essa regra: o sigilo deverá ser preservado, e não deve ser revelado nem aos pais, se o adolescente tiver capacidade de discernimento e se a manutenção do sigilo não acarretar nenhum dano para ele. Portanto, se o adolescente ou a adolescente não tiver capacidade de discernimento, o sigilo não deve prevalecer. E, ainda que o adolescente tenha capacidade de discernimento, os pais devem ser informados sobre o problema se a manutenção do sigilo puder acarretar qualquer dano ao menor, seja um dano de ordem física ou psíquica. Como se vê, a regra de comunicação ou não do fato aos pais deve seguir, principalmente, **o princípio da proteção de crianças e adolescentes**. Portanto, para que o fato seja mantido em segredo e o sigilo preservado, em relação aos pais ou representantes legais de crianças e adolescentes, é imprescindível observar essas duas condições: (1) a criança ou adolescente deve ter capacidade de discernimento; e (2) a não revelação aos pais ou representantes não acarretará nenhum problema a crianças e adolescentes. Assim, cabe ao serviço de atendimento à saúde fazer tal avaliação e, se não houver possibilidade de qualquer dano para a criança ou adolescente e diante da constatação de que eles tenham capacidade de discernimento, seus pais ou representantes não devem ser comunicados. Mas, se um desses requisitos não estiver satisfeito, os pais devem ser comunicados. É evidente, todavia, que os profissionais que prestam assistência a adolescentes devem agir com cautela e, ainda que decidam não revelar o fato aos pais, devem orientar a adolescente a, no momento oportuno, autorizar a comunicação do fato aos pais. É que, como acima deixei consignado, adolescentes estão sujeitos ao poder familiar exercido pelos pais, que, assim, devem ser partícipes da assistência a ser garantida aos filhos. Como se vê, todo o procedimento de assistência a crianças e adolescentes deve submeter-se ao princípio da proteção de crianças e adolescentes. Portanto, evitar danos para ambos deve ser o principal norte da decisão de revelar ou não o fato aos pais. Lembre-se, aliás, de que a revelação do fato, da mesma forma que a sua não revelação, pode também acarretar danos ao menor que, em face da revelação, pode afastar-se do serviço e

da idade gestacional, entrevistas com psicólogos e assistentes sociais, etc.), formar o seu convencimento sobre a sua ocorrência. Aliás, a palavra da mulher que busca assistência médica afirmando ter sido vítima de um crime sexual há de gozar de credibilidade e, pelo menos para o serviço de assistência, deve ser recebida com **presunção de veracidade**. Não se deve confundir os objetivos do serviço de assistência à mulher com os objetivos da justiça criminal. Lembre-se de que o objetivo do serviço médico não é condenar ninguém pela prática do crime sexual, mas, sim, garantir à mulher o exercício de seu direito à assistência médica integral e segura. Caberá à justiça criminal, no processo penal respectivo, garantir ao eventual acusado os direitos cabíveis, como o contraditório e a ampla defesa. Ao serviço médico, no âmbito exclusivo e específico do atendimento à vítima, cabe analisar a palavra da mulher no contexto dos demais elementos colhidos durante o procedimento assistencial e, se não houver elementos hábeis para afastar aquela presunção, há de prevalecer a palavra da mulher, sem que isso represente qualquer prejuízo para os direitos do eventual acusado pelo crime sexual no âmbito da justiça criminal ²¹.

5. Em que condições o médico poderá ser processado por realizar um abortamento?

R: O abortamento, com ou sem o consentimento da gestante, é considerado criminoso nos termos dos artigos 125²² e 126²³ do Código Penal. Assim, nesses casos, e apenas nesses casos, o médico poderá ser responsabilizado criminalmente pelo abortamento. Por outro lado, indubitavelmente, não se pode falar em crime, nem em responsabilidade penal do médico, quando o abortamento é praticado nos

²¹ Jurisprudência: “Evidentemente, a palavra da ofendida, como em geral nos delitos contra os costumes, surge como um coeficiente probatório de ampla valoração” (Tribunal de Justiça de São Paulo, RT 652/275); “nos crimes contra os costumes confere-se especial valia à palavra da ofendida, mormente quando se ajusta a outros componentes do acervo probatório” (Tribunal de Justiça de São Paulo, RT 665/266); “nos delitos de natureza sexual, a palavra da ofendida, dada a clandestinidade da infração, assume preponderante importância, por ser a principal se não a única prova de que dispõem a acusação para demonstrar a responsabilidade do acusado” (Tribunal de Justiça de São Paulo, RT 671/305); e “nos crimes sexuais, secretos pela própria natureza, a palavra da ofendida, muitas vezes a única prova de que se pode valer a acusação, assume papel preponderante e goza de presunção de veracidade sempre que verossímil, coerente e amparada por incensurável comportamento anterior (Tribunal de Justiça de São Paulo, RT 436/326).

²² Código Penal, artigo 125: provocar aborto, sem o consentimento da gestante.

²³ Código Penal, artigo 126: provocar aborto, com o consentimento da gestante.

termos do artigo 128, incisos I e II do Código Penal²⁴ (aborto necessário e aborto sentimental). E também não se pode falar em crime de aborto quando a interrupção da gestação é praticada em razão da constatação de uma malformação fetal com inviabilidade de vida extrauterina²⁵, conforme tem afirmado doutrinadores e decidido inúmeros juízes e tribunais pátrios²⁶. Nos casos de abortamento em razão de malformação fetal com inviabilidade de vida extrauterina, o fato é típico, porque está tipificado no artigo 126 do Código Penal, é antijurídico, porque não se enquadra em nenhuma das hipóteses do artigo 128 do Código Penal, mas não é criminoso, pois não é culpável, não é censurável, nem é reprovável penalmente, em face da inexistência de um requisito fundamental da culpabilidade, a saber: a exigibilidade de conduta diversa. Nesses casos, não há aborto criminoso porque não se pode exigir da gestante conduta diferente. E, se não há aborto criminoso, a interrupção da gestação é direito da mulher e dever do Estado. É por isso que os médicos e demais profissionais que praticam o abortamento de uma gestação de feto com malformação fetal com inviabilidade de vida extrauterina não praticam nenhum crime e não podem ser responsabilizados criminalmente, pois estão cumprindo um dever e assegurando à mulher o exercício de um direito de forma segura.

²⁴ Código Penal, artigo 128: Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

²⁵ É que nesse caso, diante da inexigibilidade de conduta diversa, o abortamento é incensurável e irreprovável, ou seja, não há culpabilidade, que é um elemento do conceito formal de crime para alguns ou pressuposto de pena para outros juristas. De qualquer forma, nesse caso, o autor do abortamento fica isento de pena.

²⁶ Decisões judiciais sobre malformação fetal: “tendo em vista o dever do Estado de assegurar o bem comum, promovendo a saúde e atendendo aos fins sociais da Lei, admissível a interrupção da gravidez, conglobando-se que o feto é portador de má-formação congênita, caracterizada por anencefalia – ou ausência de cérebro – afecção irreversível que impossibilita totalmente a sobrevivência extrauterina, hipótese em que, ao direto da gestante, não cabe opor interpretação restritiva da legislação penal” (Tribunal de Justiça de Minas Gerais RT 732/391); “afigura-se admissível a postulação em juízo de pedido pretendendo a interrupção de gravidez, no caso de se constatar a má-formação do feto, diagnosticada a ausência de calota craniana ou acrania fetal, com previsão de óbito intrauterino ou no período neonatal. Apesar de não se achar prevista dentre as causas autorizadoras do aborto, expostas no artigo 128 do Código Penal, a má-formação congênita exige a situação anômala e específica à adequação da lei ao avanço tecnológico da medicina que antecipa a situação do feto” (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, RT 762/147); “diante da solicitação de autorização para realização de aborto, instruída com laudos médicos e psicológico favoráveis, deliberada com plena conscientização da gestante e de seu companheiro, e evidenciado o risco à saúde desta, mormente a psicológica, resultante do drama emocional a que estará submetida caso leve a termo a gestação, pois comprovado cientificamente que o feto é portador de anencefalia (ausência de cérebro) e de outras anomalias incompatíveis com a sobrevivência extrauterina, outra solução não resta senão autorizar a requerente a interromper a gravidez” (Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Ap. 98.003566-0), segunda câmara, relator desembargador Jorge Mussi, J. 05.05.1998); e “busca do consentimento judicial para a interrupção cirúrgica da gravidez em face da anencefalia (ausência de cérebro) apresentada pelo feto; expedindo-se imediatamente autorização e eventuais ofícios para que seja efetiva a pretensão judicial” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 1ª Câmara, MANDADO DE SEGURANÇA nº 329.564-3/3-00-Osasco/SP, rel. Desembargador David Haddad, j. 20/11/2000, v. u.; in Boletim da AASP nº 2211). Artigos publicados: DIREITO AO ABORTAMENTO – Decisão transcrita in Direitos Humanos – legislação e Jurisprudência – Volume II – Jurisprudência Nacional, p. 63 – Centro de Estudos da procuradoria geral do Estado de São Paulo – 1999. ABORTAMENTO NOS CASOS DE MALFORMAÇÃO FETAL. in Cadernos Jurídicos – Escola Paulista da Magistratura – Vol. 2 – nº 3, p. 101/111 – janeiro/fevereiro/2001.

artigo 5º do Código Civil⁴⁹. Portanto, nessas hipóteses, a gestante também poderá sozinha consentir com o abortamento.

15. É possível atender e garantir o sigilo a uma adolescente que não quer comunicar aos pais ou responsáveis que foi agredida sexualmente, estando ou não gestante?

R: De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se “criança” a pessoa até 12 anos de idade incompletos. E são consideradas “adolescentes” aquelas que contam entre 12 e 18 anos de idade. Portanto, são considerados adolescentes as pessoas que ainda não completaram 18 e que já contam 12 ou mais anos de idade. De acordo com o Código Civil, os filhos menores, que ainda não contam 18 anos de idade, crianças ou adolescentes, estão sujeitos ao poder familiar (Código Civil, artigo 1.630)⁵⁰. Esse poder familiar é exercido pelos pais, aos quais compete dirigir a criação e a educação dos filhos, adolescentes ou crianças (Código Civil, artigo 1.634)⁵¹. Assim, em princípio, para que possam exercer com plenitude o poder familiar, os pais devem ser informados quando seus filhos menores de idade são vítimas de quaisquer maus-tratos e, obviamente, em especial, quando são vítimas de qualquer violência sexual. É verdade que Código de Ética Médica⁵², ao tratar do sigilo profissional, dispõe, no artigo 74, do seu Capítulo IX, que é vedado ao médico “revelar sigilo profissional relacionado a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou representantes legais, desde que o menor tenha capacidade de discernimento, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente”. Assim, uma leitura apresada e isolada do mencionado dispositivo normativo pode levar à conclusão de que o médico está proibido de revelar aos pais a violência sexual sofrida pelo adolescente, quando esse deseja guardar segredo sobre o fato. Ledo engano. O dispositivo ético em referência dispõe

⁴⁹ Código Civil, artigo 5º, parágrafo único: Cessará a incapacidade para os menores: I – pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público. Independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver 16 (dezesesseis) anos completos; II – pelo casamento; III – pelo exercício de emprego público efetivo; IV – pela colação de grau em curso de ensino superior; V – pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função dele, o menor com 16 (dezesesseis) anos completo tenha economia própria.

⁵⁰ Código Civil, artigo 1.630: Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

⁵¹ Código Civil, artigo 1.634: Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I – dirigir-lhes a criação e educação.

⁵² Diário Oficial da União, nº 183, quinta-feira, 24 de setembro de 2009. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO Nº 1.931, DE 17 DE SETEMBRO DE 2009, Aprova o Código de Ética Médica.

Finalmente, observe-se que, se houver divergência entre a manifestação de vontade da menor e de seus pais, a situação deve ser resolvida exatamente como acima mencionado em relação ao caso das gestantes com menos de 16 anos: (1) se a gestante desejar levar a termo a gestação, a sua vontade deve prevalecer e deve ser respeitada; (2) se a gestante quiser interromper a gestação, contrariando a vontade dos pais, o Juiz Cível deverá decidir; e (3) se a adolescente quiser praticar o abortamento e um dos pais não consentir, havendo divergência entre os pais, também caberá ao Juiz Cível decidir.

NOTA: Lembre-se de que também são relativamente incapazes as pessoas mencionadas nos incisos II e III do artigo 4º do Código Civil⁴⁵. Essas pessoas, quando maiores de 18 anos, são representadas por curador nomeado pelo Juiz⁴⁶. Nessas hipóteses, obviamente, cabe ao curador nomeado consentir com a prática do abortamento sentimental, ético ou humanitário. Observo, ainda, que os menores de 18 anos, crianças ou adolescentes, são colocados sob TUTELA quando os pais falecem ou perdem o poder familiar⁴⁷. E o tutor desses menores também é nomeado pelo Juiz. Assim, se a gestante tiver um tutor, esse representante deve consentir com o abortamento sentimental, ético ou humanitário e, como nos demais casos, somente o Juiz Cível pode suprir o seu consentimento.

c) Das gestantes maiores de 18 anos

A gestante maior de 18 anos, dê que não esteja sob curatela ou tutela, poderá sozinha consentir com o abortamento sentimental, ético ou humanitário⁴⁸.

NOTA: Por derradeiro, lembre-se de que, em casos excepcionais, a gestante menor pode tornar-se plenamente capaz antes de completar 18 anos de idade. Isso pode ocorrer nas hipóteses do parágrafo único do

⁴⁵ Artigo 4º: São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; e III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.

⁴⁶ Código Civil, artigo 1.767: Estão sujeitos à curatela: I – aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil; II – aqueles que, por causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade; III – os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; IV – os excepcionais sem completo desenvolvimento mental; V – os pródigos.

⁴⁷ Código Civil, artigo 1.728: Os filhos menores são postos em tutela: I – Com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes; II – em caso de os pais decaírem do poder familiar.

⁴⁸ Artigo 5º: A menoridade cessa aos 18 (dezoito) anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

6. Se o(a) médico(a) faz um aborto numa vítima de estupro e, depois, é descoberto que a mulher não falou a verdade, quais são as consequências para a mulher e para o profissional que a atendeu?

R: Se a gestante falta com a verdade, consegue burlar todas as cautelas procedimentais do serviço e engana o médico, bem como os demais profissionais que a assistiram, não há como falar em punição criminal para o médico nem para aqueles profissionais que participaram da prática do ato. É que, de acordo com o artigo 20, § 1º do Código Penal, “é isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima”. Nesse caso, estaria caracterizado o abortamento sentimental, ético ou humanitário *putativo*. Em consequência, a conduta do médico que pratica o abortamento nessas condições não é penalmente censurável nem reprovável, pois, de acordo com o sistema penal, não há que se falar em culpabilidade. Assim, nessa hipótese, o aborto seria considerado típico e antijurídico, mas não seria culpável, não seria censurável nem reprovável sob a ótica do sistema penal. Entretanto, a gestante, nessa hipótese, responderia pelo crime de abortamento tipificado no artigo 124 do Código Penal²⁷. Como ensina Nelson Hungria, um dos mais respeitados juristas deste País, “se era justificada a credulidade do médico, nenhuma culpa terá este, no caso de verificar-se, posteriormente, a inverdade da alegação. Somente a gestante, em tal caso, responderá criminalmente” (Comentários ao Código Penal, 1958, vol. V, p. 313).

7. Há necessidade de verificação pelo médico do IML nos casos em que a vítima é atendida por ginecologista na emergência e, posteriormente, constata-se a gravidez, ou apenas o Boletim de Ocorrência garante a realização do aborto legal?

R: Não se deve confundir os procedimentos do serviço de saúde com os procedimentos policiais ou judiciais. Esses procedimentos são distintos, tem objetivos específicos e inclusive podem ser realizados independentemente um do outro. O Boletim de Ocorrência (BO) é um

²⁷ Código Penal, artigo 124: provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque.

documento que registra o fato para o conhecimento da autoridade policial, que, diante da notícia de qualquer crime, deve determinar a instauração do inquérito policial, que é um procedimento investigatório. O laudo do IML (Instituto Médico Legal) é um documento elaborado para fazer prova criminal. Esses procedimentos são elaborados para a persecução penal e são importantes para o desencadeamento da atividade investigatória policial e para a propositura da ação penal pelo Ministério Público. Mas, nenhum desses documentos é exigido legalmente para a realização do abortamento sentimental, ético ou humanitário. Portanto, mesmo que não seja lavrado o BO, e ainda que não seja realizado o exame pelo IML, o abortamento legal, sentimental, ético ou humanitário, pode ser realizado de acordo com a estrita legalidade. Decididamente, pode até ser recomendável a lavratura do BO e a realização do exame no IML, mas não se pode exigir essas providências como condição para o exercício do direito à prática do abortamento legal. Importante lembrar e afirmar, ainda, que a assistência médica à mulher deve ser garantida prioritariamente. Lembre-se de que nos casos comuns de lesões corporais ou tentativas de homicídios cruentas (com lesões), as vítimas são imediatamente levadas para o hospital, para receber a devida assistência médica, antes de qualquer providência policial ou judicial. Em primeiro lugar, deve ser providenciada a assistência médica à pessoa ferida, pois o BO e o exame pericial podem ser elaborados depois, sem nenhum problema para o sistema criminal. Aliás, o exame de corpo de delito, que deve ser elaborado pelo IML, pode perfeitamente ser realizado de forma indireta, com base nas informações constantes do prontuário da pessoa assistida. É óbvio, portanto, que o mesmo procedimento deve ser adotado com as vítimas de crime sexual. Somente depois do atendimento médico, se a vítima tiver condições e assim o desejar, poderá ir à delegacia para providenciar a lavratura do BO, para fazer uma representação contra o criminoso, para prestar depoimento ou para submeter-se a exame pelos peritos do IML. E, depois do atendimento médico, se por alguma razão não for mais possível a realização dos exames periciais diretamente pelo IML, os peritos cuidarão de fazer o exame de forma indireta, com base

deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento; e (2) as maiores de 16 anos (com 16 anos ou mais) que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. E essas pessoas devem ser representadas por curador nomeado pelo juiz (Código Civil, artigo 1.767)⁴³. Assim, nos termos do artigo 128, inciso II do Código Penal, o consentimento para o abortamento ético deve ser dado pelo(a) **curador(a)**, quando a gestante estiver em uma das situações acima mencionadas. E esse consentimento também deve ser dado por escrito. Mas, não se pode olvidar, jamais, que, se a gestante “incapaz” estiver em condições de exprimir a sua vontade e não consentir com o abortamento, o ato não deve ser realizado, ainda que os seus representantes queiram interromper a gestação. E também não se olvide que o consentimento do(a) curador(a), nas hipóteses em menção, somente poderá ser suprido pelo Juiz Cível.

b) Das gestantes adolescentes com idade menor de 18 anos e maior de 16 anos

Adolescentes que já completaram 16 anos de idade, e que ainda não contam 18 anos, são considerados **relativamente incapazes** e, embora não sejam “representados” pelos pais, são por eles “assistidos” (Código Civil, artigos 4º e 1.690)⁴⁴. Portanto, se a gestante for uma adolescente menor de 18 e maior de 16 anos de idade, não poderá sozinha consentir com o abortamento. É verdade que o artigo 128, II do Código Penal exige o consentimento do “representante legal”. Assim, poder-se-ia pensar que, nesses casos, seria dispensável o consentimento dos pais. Todavia, a expressão “representante legal” abrange tanto os “representantes do menor de 16 anos” como os “assistidos do menor de 18 e maior de 16 anos”. Decididamente, portanto, se a gestante for menor de 18 anos e já contar 16, não poderá consentir sozinha com a prática do abortamento ético: é imprescindível, também, o “consentimento” de seus pais, ou de um dos pais, se um deles for falecido ou estiver ausente ou em lugar desconhecido.

⁴³ Código Civil, art. 1.767: Estão sujeitos a curatela: I – aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil; II – aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade; III – os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; IV – os excepcionais sem completo desenvolvimento mental; V – os pródigos.

⁴⁴ Código Civil, artigos 4º: São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I – os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos; e, artigo 1.690: Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de 16 (dezesseis) anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados.

esse “consentimento” dos pais deve ser dado por escrito. Entretanto, **se a gestante tiver condições de discernimento e puder exprimir a sua vontade, ela também deverá assinar o consentimento.** Embora o artigo 128, inciso II do Código Penal faça referência apenas ao consentimento do representante legal quando a gestante for “incapaz”, ela também há de consentir e assinar a autorização, quando possível, pois se trata de um ato personalíssimo e a sua vontade há de ser respeitada e observada também. Por outro lado, se a gestante incapaz estiver em condições de exprimir a sua vontade e não consentir com o abortamento, o ato não deve ser realizado, ainda que os seus representantes queiram interromper a gestação. Portanto, se os pais consentirem, mas a gestante menor de 16 anos desejar prosseguir com a gestação, a vontade dela deve ser respeitada. Aliás, o Estatuto da Criança e do Adolescente consagra **o princípio do respeito à opinião e à vontade dos menores e adolescentes**⁴¹. É preciso observar, ainda, que é imprescindível o consentimento de **ambos os pais**. Mas, caso falte um deles, compete ao outro o consentimento. Se um dos pais estiver em local incerto ou não sabido, o outro fará declaração específica sobre essa circunstância e poderá consentir sozinho. E, caso os pais diverjam quanto ao consentimento, caberá ao Juiz Cível decidir⁴². Nessa situação, o caso poderá ser encaminhado ao Ministério Público, que promoverá a medida judicial cabível, mas qualquer um dos pais também poderá, por advogado, requerer ao juiz a solução do desacordo. Finalmente, caso os pais não consintam com o abortamento, divergindo ambos da vontade da gestante menor de 16 anos, também caberá ao juiz cível decidir, suprimindo ou não o consentimento dos representantes, mediante requerimento do Ministério Público.

NOTA: De acordo com o artigo 3º, do Código Civil, no que diz respeito à necessidade de consentimento do representante legal, também são consideradas “incapazes”, para os fins do artigo 128, II do Código Penal: (1) as maiores de 16 anos (com 16 anos ou mais) que, por enfermidade ou

⁴¹ Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), artigo 15: A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na constituição e nas Leis; artigo 16: O Direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: II – opinião e expressão; artigo 17: O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais; e artigo 18: É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

⁴² Código Civil, artigo 1.631, parágrafo único: Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao Juiz para solução do desacordo.

no prontuário médico do serviço que assistiu a vítima²⁸. Isso acontece normalmente e com grande frequência, principalmente nos casos de lesões corporais e tentativas de homicídio cruentas. Logo, é perfeitamente possível a realização do exame indireto nos casos de crimes sexuais também. Nos casos de crime sexual, repito, a assistência médica é prioritária e deve ser garantida à mulher antes de qualquer providência no âmbito policial ou judicial. Portanto, mesmo que a vítima não apresente lesão física externa ou aparente, deve ser atendida previamente no serviço de saúde, para ser submetida às profilaxias de gestação, de DST/aids e de hepatite B, por exemplo, bem como para receber acompanhamento psicológico e de assistência social, quando possível. E esse atendimento, obviamente, não acarreta nenhum prejuízo para as investigações policiais, as quais poderão ser iniciadas e realizadas depois da assistência médica. Aliás, é bastante comum a prática de estupro mediante grave ameaça, ou seja, sem uso de violência física. Assim, a mulher estuprada muitas vezes não sofre lesões físicas externas, mas, mesmo assim, deve receber assistência médica imediata, antes de qualquer providência no âmbito policial, para que sejam evitadas a gravidez e a contaminação pelo vírus da aids, por DST, etc.

8. O BO tem que ser feito no momento em que a violência aconteceu ou pode ser feito posteriormente?

R: O BO (Boletim de Ocorrência) nada mais é do que o registro oficial da notícia de um fato à polícia. Não há prazo para a lavratura do BO. Aliás, o BO não é imprescindível nem mesmo para a instauração do inquérito policial. Aliás, nem sequer existe previsão legal do BO. Trata-se de uma providência burocrática, criada pelas instituições policiais,

²⁸ Código de Processo Penal, artigo 158: quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. Jurisprudência: “Por lei expressa o exame de corpo de delito pode ser direto ou indireto. Assim, ficha de atendimento do ofendido em pronto-socorro municipal não pode deixar de ser aceita como prova de lesão” (Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, JUTACRIM-SP 69/443); “Apresentando-se o laudo de exame de corpo de delito negativo porque a vítima só foi encaminhada para exame após desaparecidos os vestígios das lesões, admissível é a condenação com base em perícia médico-legal fundada em elementos fornecidos por pronto-socorro que atendera a vítima após a ocorrência delituosa” (Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, JUTACRIM-SP, 48/379); Observação: o exame de corpo de delito pode inclusive ser suprido por prova testemunhal, como expõe o artigo 167 do Código de Processo Penal não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta. Jurisprudência: “O exame de corpo de delito, em face do desaparecimento de vestígios, pode ser suprido pela prova testemunhal” (Supremo Tribunal Federal, RTJ 88/104); “Sendo impossível a realização do exame de corpo de delito, poderá suprir-lhe a falta, a prova testemunhal” (Supremo Tribunal Federal, DJ 28.08.81, p. 8264).

apenas para registrar a notícia de um crime. E a qualquer tempo qualquer vítima de qualquer crime pode noticiar o fato à polícia. E essa notícia pode ser oferecida inclusive por carta ou petição, sem que haja necessidade da lavratura de um BO especificamente. Aliás, o BO não precisa ser lavrado na presença da vítima. Basta que qualquer pessoa comunique o fato à polícia. Ora, se a presença da vítima fosse obrigatória para a lavratura do BO, seria impossível lavrá-lo nos casos de homicídio ou nos casos em que a vítima está hospitalizada. É verdade que, nos casos dos crimes contra a liberdade sexual (estupro, violação sexual mediante fraude e assédio sexual), quando a vítima conta mais de 18 anos de idade e não é considerada “vulnerável”²⁹, a ação penal é pública condicionada à representação da vítima, ou seja, depende da manifestação de vontade da vítima. É isso o que dispõe o artigo 225, *caput* e parágrafo único do Código Penal³⁰. Assim, o Ministério Público, que é o titular da ação penal pública, está legitimado a denunciar o autor do crime contra a liberdade sexual, mas, se a vítima contar mais de 18 anos de idade e não for “vulnerável”, o Ministério Público não poderá denunciar o criminoso se não houver manifestação de vontade da vítima autorizando a propositura da ação penal. A ação penal, nesses casos, é pública, mas depende de representação da vítima. E, obviamente, a vítima, maior de 18 anos e não “vulnerável”, não é obrigada a apresentar a representação. Assim, se a vítima não é obrigada nem sequer a apresentar a representação contra o criminoso, não se pode exigir que ela providencie a lavratura de um mero BO como condição para o exercício de seu direito ao aborto sentimental. Mas, de qualquer forma, se a mulher assim o desejar, poderá fazer o BO logo depois do crime sexual ou a qualquer tempo. É verdade que a vítima com mais de 18 anos de idade e “não vulnerável” perde o direito de apresentar a representação se não o fizer no prazo de seis meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime sexual. É o que

²⁹ Mulher vulnerável: toda mulher que, independentemente da idade, por enfermidade ou deficiência mental, não tem discernimento para a prática do ato libidinoso, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência

³⁰ Código Penal, artigo 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação. Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

14. Uma adolescente é vítima de violência sexual. Ela fica grávida em razão desse crime e deseja interromper a gravidez. Mas, ela não tem o apoio dos pais, que não consentem com o aborto. Como o profissional de saúde deverá proceder para atender à demanda dessa adolescente?

R: As mulheres que ainda não completaram 18 anos de idade também têm o direito à interrupção da gestação quando engravidam em razão de qualquer crime contra a sua dignidade sexual. Todavia, o artigo 128, II do Código Penal exige, nos casos em que a gestante é “incapaz”, o consentimento de seu representante legal. Assim, é preciso examinar o alcance dessa exigência e compreendê-la adequadamente, para que não seja prejudicado o direito das mulheres que ainda não completaram 18 anos de idade e que desejam interromper a sua gestação quando grávidas em razão de qualquer crime contra a sua dignidade sexual. É preciso, portanto, entender qual é exatamente o significado e a extensão da expressão “incapaz”, inserida no artigo 128, II do Código Penal. E também é necessário saber quem é o “representante legal” que deverá “consentir” com a prática do aborto sentimental, não criminoso, portanto. Mas, de qualquer forma, é imprescindível nunca esquecer que a mulher, ainda que seja considerada “incapaz” nos termos da legislação civil, não perde o direito à interrupção da gestação nos casos em menção. O seu direito, portanto, deve ser respeitado, embora a exigência do consentimento do representante legal também tenha que ser observada para a realização do abortamento humanitário, ético ou sentimental.

a) Das gestantes com idade inferior a 16 anos

De acordo com Código Civil³⁹, as crianças e os adolescentes menores de 16 anos são representados pelos pais (Código Civil, artigo 1.690)⁴⁰. Assim, as gestantes menores de 16 anos, no que diz respeito ao consentimento para a prática do abortamento ético, de acordo com a exigência do artigo 128, inciso II do Código Penal, são representadas **pelos pais**. E

³⁹ Lei nº 10.406/2002, em vigor a partir de 11/1/2002.

⁴⁰ Código Civil, art. 1.690: Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de 16 (dezesseis) anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados.

questão anterior, o sistema penal, hoje, pretende proteger a dignidade sexual das pessoas que considera “vulneráveis”. E são considerados vulneráveis as seguintes pessoas: (a) menor de 14 anos de idade induzida a satisfazer a lascívia de outrem (CP, art. 218); (b) menor de 14 anos de idade com quem se pratica conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso (CP, art. 217-A); (c) menor de 14 anos, quando alguém pratica, na sua presença, ou a induz a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem (CP, art. 218-A); (d) menor de 18 anos de idade ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem discernimento para a prática do ato, submetida, induzida ou atraída à prostituição ou a qualquer forma de exploração sexual (CP, art. 218-B); (e) a pessoa que, na situação anterior de prostituição ou exploração sexual, pratica qualquer ato libidinoso (CP, art. 218-B, § 2º, I); e (f) a pessoa que pratica conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso e, por enfermidade ou doença mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, o que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência (CP, art. 217-A, § 1º). Assim, em todas essas situações, dêis que caracterizada a “vulnerabilidade”, se a adolescente engravida, é possível interromper o processo gestacional, com fundamento no artigo 128, inciso II do Código Penal (aborto legal sentimental). Como acima ficou consignado, de acordo com o parágrafo 1º do artigo 217-A do Código Penal, também há “estupro de vulnerável” quando o ato libidinoso é praticado 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. Portanto, se uma mulher está em uma dessas situações e engravida, ainda que conte mais de 14 anos de idade, também terá o direito de praticar o abortamento sentimental. E ainda não é só. Entre os “crimes sexuais contra vulnerável”, previstos no Capítulo II do Título VI do Código Penal (“Dos crimes sexuais contra vulnerável”), está o delito tipificado no artigo 218-B: “favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável”³⁸. Assim, se uma mulher menor de 18 anos de idade, submetida à prostituição, engravidar, terá também o direito de praticar o abortamento sentimental, com fundamento no artigo 128, inciso II do Código Penal, pois houve “crime sexual contra vulnerável” e essa situação à evidência, que por analogia, está equiparada à hipótese de “estupro”.

³⁸ Código Penal, artigo 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém, menor de 18 anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

dispõe o artigo 103 do Código Penal³¹. Nesse caso, vencido esse prazo de seis meses, ocorre a decadência do direito à representação e, em consequência, extingue-se a punibilidade do criminoso³². Assim, passado tal prazo, a lavratura do BO será totalmente inócua e descabida. Mas, de qualquer forma, seis meses é tempo bastante para que a mulher seja assistida e, depois, querendo, providencie a lavratura do BO e a apresentação da representação. E não se olvide que o prazo decadencial começa a ser contado apenas da data em que a mulher tomar conhecimento da identidade de seu agressor. Mas, seja como for, o importante para o sistema sanitário é deixar claro que a assistência à mulher vítima de violência sexual não depende da lavratura do BO nem da apresentação de representação contra o criminoso. Mas não é só. Quando a mulher não contar 18 anos de idade ou for considerada “vulnerável”, independentemente de sua idade, a ação penal contra o criminoso será pública incondicionada, ou seja, será promovida pelo Ministério Público e não depende de nenhuma manifestação de vontade da vítima. E não se olvide que é considerada “vulnerável” toda mulher que, independentemente da idade, por enfermidade ou deficiência mental, não tem discernimento para a prática do ato libidinoso, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. E, nesses casos de vulnerabilidade da vítima, o crime tipificado será aquele definido no artigo 217-A do Código Penal (estupro de vulnerável)³³. Mas, mesmo assim, embora nesses casos a ação penal seja pública incondicionada, não se pode obrigar a mulher a providenciar o BO. Este será lavrado pela polícia sempre que qualquer pessoa der a notícia da ocorrência do crime. Assim, qualquer pessoa poderá noticiar o fato criminoso à polícia. Contudo, mais uma vez é preciso deixar consignado que é inadmissível condicionar a assistência sanitária e a realização do aborto sentimental à lavratura do BO ou a qualquer outra providência no âmbito policial ou judicial. Definitivamente, é preciso repetir: antes

³¹ Código Penal, artigo 100. Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime (...).

³² Código Penal, artigo 107. Extingue-se a punibilidade: inciso IV - pela prescrição, decadência ou preempção.

³³ ESTUPRO DE VULNERÁVEL. Código Penal, artigo 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. Parágrafo 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.

de qualquer outra providência, a mulher vítima de um crime contra a dignidade sexual deve imediatamente ser encaminhada ao serviço de assistência médica, para que, depois do atendimento integral e seguro, seja providenciada a comunicação do fato à polícia, pela mulher, se ela quiser, nos casos em que a ação penal depende de representação, ou, por qualquer pessoa, nos demais casos, quando a ação penal é pública incondicionada.

9. É possível atender a uma demanda de aborto de uma mulher ou adolescente que foi estuprada, não contou nada a ninguém e posteriormente descobriu que estava grávida?

R: É perfeitamente possível e inclusive constitui um dever do Estado dar assistência à mulher estuprada que engravidou e pretende interromper a gestação, ainda que ela não tenha noticiado o fato à polícia ou a qualquer outra pessoa. A interrupção da gestação nesse caso é um direito da mulher e deve ser garantido materialmente pelo Estado. Entretanto, para a realização do aborto sentimental, quando a vítima for menor de 18 anos de idade, ou incapaz por outro motivo que a lei estabeleça, há necessidade do consentimento dos pais ou dos responsáveis, como exige o inciso II do artigo 128 do Código Penal. Mas, essa questão do consentimento será examinada melhor na questão 14.

10. É possível realizar o aborto sentimental quando a mulher se recusa a lavrar o BO ou a oferecer representação contra o autor da violência?

R: A mulher que sofreu um estupro, ou foi vítima de qualquer violência sexual, não tem o dever legal de noticiar o fato à polícia, tampouco o dever legal de contar a sua história a ninguém. Ressalte-se que a mulher também não está legalmente obrigada a oferecer representação contra o autor da violência. Portanto, mesmo que a mulher não tome nenhuma providência no âmbito policial ou judicial, o abortamento pode e deve ser realizado ainda que ela se recuse a lavrar o BO e a oferecer representação contra o autor da violência. Aliás, constitui, sim, uma “violência” contra a mulher condicionar a realização do abortamento legal à lavratura do BO ou ao oferecimento da representação.

vulnerável”, é imprescindível que haja, não apenas a prática de um ato libidinoso com uma menor de 14 anos, mas, sim, a violação de sua dignidade sexual, o que somente poderá ocorrer, objetivamente, quando essa menor não tiver discernimento para consentir com o ato e não puder, por isso, oferecer resistência.

13. Uma adolescente com 13 anos de idade, que engravida e não aceita a gravidez, pode pleitear a realização do aborto num serviço de referência, mesmo que não tenha sido forçada pelo namorado?

R: Ainda que a adolescente de 13 anos consinta com a prática do ato libidinoso ou com a conjunção carnal, o sistema penal, atualmente, considera ter ocorrido o crime de “estupro de vulnerável”, como ficou esclarecido na resposta anterior, dès que essa menor não tenha discernimento para consentir com a prática do ato e não possa, por isso, oferecer resistência, o que deve ser examinado caso a caso. Logo, é admissível a interrupção da gravidez decorrente de tal ato, nessas circunstâncias. O artigo 128, inciso II do Código Penal não faz distinção entre o estupro definido no artigo 213 do Código Penal, denominado simplesmente de “estupro”, e o estupro previsto atualmente no artigo 217-A do Código Penal, denominado “estupro de vulnerável”³⁷. Logo, não cabe ao intérprete restringir tal dispositivo para excluir do artigo 128, II do Código Penal a hipótese de “estupro de vulnerável”. É que as normas permissivas não admitem interpretação restritiva, mas, apenas ampliativa. Assim, tenha a gravidez resultado de um “estupro” (CP, art. 213) ou de um “estupro de vulnerável” (CP, art. 217-A), ou mesmo de “favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável” (CP, art. 218-B, *caput* e § 2º, I), a adolescente ou a mulher tem o direito de interromper a gravidez, mesmo que ela tenha consentido com o ato.

NOTA: Lembre-se, mais uma vez, de que, atualmente, o Código Penal não usa mais os conceitos derivados da “presunção”, mas, sim, o paradigma da “vulnerabilidade”. Além disso, como ficou esclarecido na

³⁷ Na vigência da lei anterior havia o “estupro real” e o “estupro presumido”, mas, para o exercício do direito ao aborto sentimental, essa distinção era absolutamente indiferente: “aborto sentimental (inciso II): Trata-se do aborto também denominado ético ou humanitário. Exige-se, para que seja lícito: 1. Gravidez consequente de estupro. Inclui tanto o estupro praticado com violência real ou presumida” (Roberto Delmanto, Código Penal comentado, 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 250).

aprovação dos pais. E se não for esse o entendimento, todas as pessoas menores de 14 anos estarão condenadas à absoluta abstinência no âmbito da sexualidade, pois, de acordo com a atual descrição típica do “estupro de vulnerável”, se essas pessoas praticarem qualquer ato libidinoso, o crime de “estupro de vulnerável” estará caracterizado (CP, artigo 217-A). E isso seria inaceitável. Ademais, lembre-se de que o parágrafo 1º do artigo 217-A do Código Penal³⁶ dispõe que também haverá “estupro de vulnerável” quando alguém praticar qualquer ato libidinoso “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”. Como se vê, para que uma pessoa com enfermidade ou deficiência mental seja considerada “vulnerável”, e, assim, vítima de “estupro de vulnerável”, é imprescindível que ela não tenha o necessário discernimento para a prática do ato, ou seja, que ela, objetivamente, materialmente, esteja impossibilitada de oferecer resistência, em razão de suas condições pessoais. Logo, o mesmo critério deve ser aplicado quando se trata de uma menor de 14 anos: ela será considerada “vulnerável” apenas quando não tiver discernimento para consentir com a prática do ato e, assim, oferecer resistência. Finalmente, lembre-se, também, de que, atualmente, os crimes contra a liberdade sexual, como o “estupro de vulnerável”, estão metidos a rol entre os crimes “contra a dignidade sexual”. Não há mais que se falar em crime “contra os costumes”, como ocorria antes da edição da Lei nº 12.015/2009, que erigiu a sexualidade a atributo da pessoa humana e expressão de sua dignidade. Antes, quando se pretendia proteger os “costumes”, o objetivo era estabelecer uma pauta de comportamento moral no âmbito da sexualidade. Na realidade, antes da vigência da referida lei, o objetivo da tipificação dos “crimes contra os costumes” era o controle da expressão da sexualidade com embasamento nos critérios ditados por uma ideologia patriarcal de dominação. Hoje, de forma distinta, o objetivo é proteger a dignidade sexual. Portanto, atualmente, para que se configure o “estupro de

³⁶ CP, artigo 217-A, § 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.

É verdade que a mulher deve ser orientada e até mesmo deve ser estimulada a tomar as providências policiais e judiciais cabíveis; mas, não se pode negar a ela o direito à interrupção da gravidez diante da recusa da lavratura do BO ou da recusa de oferecimento de representação contra o autor da violência. Lembre-se de tudo o que foi afirmado na resposta à questão 8.

NOTA: Antes da vigência da Lei nº 12.015/2009, a ação penal relativa aos crimes contra a liberdade sexual era privada, ou seja, salvo algumas exceções, a ação penal deveria ser promovida pela própria vítima ou por seu representante legal. Assim, a vítima de um crime sexual, se quisesse ver o criminoso processado, deveria ingressar em juízo, contra ele, com uma “queixa”. É por isso que, antes da vigência da Lei nº 12.015/2009 era importante esclarecer o verdadeiro significado da expressão “queixa”, que tem um significado jurídico bastante diferente daquele que é usado pelos leigos. “Queixa”, juridicamente, é o nome que se dá à peça inaugural acusatória da ação penal promovida pela vítima, ou por seu representante legal, contra a pessoa acusada de ser o autor do crime, nos casos de ação penal privada. Trata-se de uma petição subscrita por um advogado e dirigida a um juiz criminal, com o objetivo de acusar alguém pela prática de um crime, visando à sua condenação. A notícia do crime à polícia, erroneamente chamada de “queixa”, é apenas uma comunicação do fato à autoridade policial, objetivando a instauração de um procedimento investigativo, ou seja, de um inquérito policial, que precede o oferecimento da “queixa”, embasando-a. Atualmente, contudo, no que diz respeito aos crimes contra a dignidade sexual, não há mais falar em “queixa”, pois, de acordo com a nova sistemática legal, nesses casos, a ação penal, em princípio, é pública incondicionada, ou seja, deve ser promovida, não mais pela vítima, mas, sim, pelo Ministério Público, que oferecerá uma “denúncia” contra o criminoso, sem necessidade de qualquer manifestação de vontade da vítima, salvo nos casos de vítimas maiores de 18 anos e “não vulneráveis”, conforme ficou esclarecido na resposta à questão nº 7, casos em que a ação penal pública depende de representação da vítima. Assim, atualmente, como não há mais ação penal privada, não se pode falar em “queixa” em nenhuma situação, a não ser que a palavra “queixa” seja usada, indevidamente, como comunicação do fato à polícia (*notitia criminis*).

11. Para a realização do aborto legal, quando há a obrigatoriedade do exame pelo perito?

R: Para a realização do abortamento legal não há nenhuma obrigatoriedade do fazimento do exame pericial. Esse exame somente é realizado para fazer prova para o inquérito policial e nada tem a ver com a prestação de assistência à saúde da mulher, assistência essa que deve ser prestada plenamente, inclusive com a interrupção da gestação nos casos admitidos pelo sistema jurídico, independentemente de qualquer providência no âmbito policial ou judicial. Aliás, a realização direta do exame pelos peritos não é imprescindível nem mesmo para o inquérito policial, pois a perícia pode ser realizada indiretamente, inclusive com base no prontuário médico da mulher, o qual deve ser consultado pelos peritos, que podem, assim, fazer o exame indireto. Lembre-se de tudo o que foi afirmado na resposta à questão 7.

12. O que é violência presumida? O que é pessoa vulnerável?

R: Antes da vigência da Lei nº 12.015/2009, o artigo 224 do Código Penal afirmava o seguinte: *“presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”*. Como se vê, nesses casos havia “violência presumida”. Todavia, na aplicação desse dispositivo legal, houve muitas divergências jurisprudenciais e os juizes e Tribunais, em distintos julgamentos, adotaram as seguintes interpretações: a) a presunção não é elidida pelo consentimento da “ofendida” nem por sua “experiência sexual”; b) a presunção de violência somente pode ceder diante de erro plenamente justificado com relação à idade da “ofendida”; c) a presunção é afastada se a menor aparenta maior idade; d) a presunção não é afastada se a menor aparenta maior idade; e) a presunção cede se a menor já havia mantido relações sexuais com outros homens ou era “promíscua”; f) a presunção somente era admitida se a menor era inocente, ingênua e totalmente desinformada sobre sexo; g) na dúvida, não incide a presunção; h) a presunção é absoluta se a menor contava 10 anos de idade, ainda que não fosse mais virgem; e i) a presunção cede se a menor vivia em regime de concubinato com o “acusado”, com o

consentimento dos pais³⁴. Como se vê, havia basicamente, dois posicionamentos hermenêuticos sobre a “presunção de violência”: ou (1) a presunção era considerada **absoluta** e não podia ser afastada em hipótese nenhuma; ou (2) era considerada **relativa** e, assim, poderia ser afastada diante do consentimento da menor, de sua “experiência sexual”, da “inexistência de ingenuidade” e da convivência da menor com o “acusado”, com o consentimento dos pais. E essa segunda corrente jurisprudencial acabou prevalecendo, inclusive no Supremo Tribunal Federal, em razão da imensa quantidade de situações da vida real que demonstraram a saciedade, a injustiça e a inadmissibilidade de condenações impostas com base na mera presunção da violência. Portanto, a presunção relativa foi, na realidade, uma criação doutrinária e jurisprudencial, que nasceu para arrostar a inflexibilidade da presunção absoluta, que acarretava imensas injustiças. E foi exatamente por isso que a Lei nº 12.015/2009 abandonou totalmente o critério da “presunção” e adotou um novo paradigma: a “vulnerabilidade”. Assim, atualmente, a vulnerabilidade não pode ser interpretada com base nos mesmos critérios que informaram a concepção da presunção absoluta, mas, sim, com base naqueles que empolgaram a adoção da presunção relativa. Portanto, atualmente, de acordo com o novo paradigma estabelecido pela Lei nº 12.015/2009, não basta que a menor conte menos de 14 anos de idade para a caracterização do “estupro de vulnerável” (CP, artigo 217-A³⁵). É preciso verificar se ela, objetivamente, concretamente, em razão de sua capacidade de discernimento, de sua história e de sua experiência de vida, era ou não “vulnerável”, ou seja, se ela tinha ou não condições pessoais para consentir com a prática do ato. Se ela tinha discernimento bastante para consentir com o ato e tinha condições pessoais de oferecer resistência, não há que se falar em vulnerabilidade. É evidente, pois, que, hoje, como acontecia nos casos em que se considerava relativa a presunção, não pode ser considerada “vulnerável”, por exemplo, a menor com 13 anos que vive com aquele que com ela praticou relações sexuais, com a ciência e a

³⁴ Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Júnior e Fabio M. de Almeida Delmanto, Código Penal Comentado, Ed. Renovar, SP, 2007, p. 605

³⁵ Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.