MPSP | MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

NÚCLEO DE GÊNERO do CAOCrim e NAVV

NOTA DE POSICIONAMENTO: ABORTO SENTIMENTAL (OU HUMANITÁRIO OU ÉTICO)- publicada no Boletim Criminal Comentado CAOCRIM n º. 188, de junho de 2022.

1-Tema: Aborto sentimental (ou humanitário ou ético).

NOTA DE POSICIONAMENTO

Manual "Atenção Técnica para Prevenção, Avaliação e Conduta nos Casos de Abortamento", elaborado pelo Departamento de Ações Programáticas e Estratégicas da Secretaria de Atenção Primária à Saúde, do Ministério da Saúde

Junho de 2022

O Ministério da Saúde publicou em junho de 2022 a versão eletrônica da 1ª edição revisada do Manual "Atenção Técnica para Prevenção, Avaliação e Conduta nos Casos de Abortamento", editado pelo Departamento de Ações Programáticas e Estratégicas da Secretaria de Atenção Primária à Saúde.

Segundo a apresentação do documento, a Secretaria fundamenta a edição do manual no seu papel de normatizador da atenção prestada à população, tendo por escopo contribuir com profissionais e serviços de saúde quanto "às abordagens atualizadas sobre acolhimento e atenção qualificada baseada nas melhores evidências científicas e nas estatísticas mais fidedignas em relação à temática, levando em conta a defesa das vidas materna e fetal e o respeito máximo à legislação vigente no País".

Sem qualquer pretensão de abordar a temática que envolve a área médica no trato da questão, pretende-se, com esta nota, enunciar o posicionamento técnico do Ministério Público no

âmbito de sua atuação criminal, a respeito de conceitos cuja observação lhe cabe enquanto instituição à qual a Constituição Federal incumbiu a titularidade da ação penal pública.

De fato, como bem lembra o manual, o Brasil adota legislação desde 1940, Código Penal, que prevê, em seu artigo 128:

"Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:
Aborto necessário
I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro
II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.".

Além desses dois casos previstos no Código Penal, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, incluiu em 2012 outra figura que autoriza o aborto, que é a hipótese de anencefalia do feto.

O direito à vida, previsto na Constituição Federal como direito fundamental, é direito que cabe ao Estado assegurar, abrangendo não apenas o de continuar vivo, mas também o seu exercício digno. A proteção à vida, inclusive a uterina, são bens jurídicos fundamentais garantidos, mas não absolutos, fundamentando-se o direito à interrupção da gravidez nos casos previstos na lei e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, guardião da Carta Magna1.

Apesar da doutrina penal tradicional e já sedimentada sobre o tema reconhecer que tais figuras são três espécies de reconhecido "aborto legal", o manual, documento da área da saúde, quer explicar juridicamente o seu significado negando tal nomenclatura, atribuindo-a de equivocada, e busca lhe dar novo alcance, ocupando-se de um papel que incumbe não ao Ministério da Saúde, mas a quem é titular da ação penal:

1 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional / Alexandre de Moraes. – 37. Ed. – São Paulo : Atlas, 2021.

“Não existe aborto “legal” como é costumeiramente citado, inclusive em textos técnicos. O que existe é o aborto com excludente de ilicitude. Todo aborto é um crime, mas quando comprovadas as situações de excludente de ilicitude após investigação policial, ele deixa de ser punido, como a interrupção da gravidez por risco materno. O acolhimento da pessoa em situação de aborto previsto em lei deve ser realizado por profissionais habilitados” (pág. 14).

...

Nota-se que o móvel do legislador não foi nada nobre. Muito se debate se o fato de o artigo 128 falar em não punir o aborto praticado por médico implica dizer que o aborto, mesmo nas hipóteses autorizadas, seria crime, deixando-se apenas de aplicar sanção; ou se o próprio crime restaria afastado. Limitando a análise apenas à redação, pode-se concluir sim que todo aborto é crime, sendo afastada a pena nos casos específicos apontados. No entanto, no âmbito da doutrina do Direito Penal, prevalece o entendimento de que a punibilidade integra o conceito de crime e, nessa perspectiva, o crime seria, de plano, afastado. Na prática, a discussão tem pouca relevância, pois, uma vez que a gravidez tem tempo limitado e, para fins de interrupção, a limitação temporal é mais restritiva ainda, seria impossível aguardar transcorrer todo um procedimento para apurar se houve crime, ou não (pág. 22/23).

O Manual atenta que o tema tem aparente pouca relevância, mas busca, na realidade, reforçar o caráter penal da norma e incutir nas entrelinhas a persistência da conduta criminal que eventualmente legitime a adoção de providências intimidatórias e persecutórias à gestante.

Nesse passo, cabe ao Ministério Público, enquanto titular da ação penal, não apenas reforçar a doutrina aplicável ao tema, mas também ressaltar que a comunicação falsa de crime, a denunciação caluniosa, o abuso de autoridade e a violência institucional também são figurais penais relevantes e adequadas às condutas daqueles que deturparem a leitura e a interpretação jurídica da norma e conduzir à mulher cuja gravidez decorreu de violência sexual, ou diagnosticada nas situações em que o aborto é permitido por lei e pela ADPF 54 do STF, a um atendimento abusivo, intimidatório e revitimizante.

Por isso, destacamos o seguinte:

1 - A doutrina penal reconhece como lícita a conduta do aborto em determinadas situações, afastando-se a incidência da conduta no tipo penal. A essa figura atribui-se o termo de “aborto legal” pelo fato de o próprio legislador reconhecer como lícita a prática do fato. Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt, “É uma forma diferente e especial de o legislador excluir a ilicitude de uma

infração penal sem dizer que 'não há crime', como faz no art. 23 do mesmo diploma legal."2. No mesmo sentido, temos a lição de Mirabete 3.

2 - O aborto necessário (ou terapêutico) caracteriza caso de estado de necessidade, deixando o legislador consignada expressamente a possibilidade de o médico provocar a interrupção da gravidez se verificar tratar-se do único meio de salvar a vida da gestante. Não é necessário que o médico seja especialista na área de ginecologia-obstetrícia. Caso seja necessária a realização do aborto por pessoa sem a habilitação profissional do médico (parteira, farmacêutico etc.), apesar de o fato ser típico, estará o agente acobertado pela descriminante do estado de necessidade (art. 24), aplicando-se a mesma solução se a própria gestante pratica o aborto movida pelo espírito de salvar a própria vida. Aliás, entende a melhor doutrina que não há necessidade do consentimento da gestante para a realização do aborto. Basta que o profissional entenda ser indispensável fazê-lo. Desnecessário, ainda, autorização judicial.

3 - O aborto sentimental, ético ou humanitário é a figura doutrinária pela qual a conduta da interrupção da gravidez (aborto) está autorizada por lei quando resulta de estupro. Se, no tocante ao "aborto terapêutico", é a preocupação de salvar a vida da gestante que informa o preceito, em relação ao inciso II o motivo consiste em que nada justificaria impor-se à vítima da violência, violada gravemente em sua dignidade sexual, uma maternidade que talvez lhe fosse odiosa, torturante, e sempre relembraria o triste acontecimento de sua vida. Explica Hungria:

"Costuma-se chamá-lo aborto sentimental: nada justifica que se obrigue a mulher a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará, perpetuamente, o horrível episódio da violência sofrida"[4].

2 Tratado de Direito Penal, v. 2, Saraiva, p. 242.
3 MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 2 : Parte especial, arts. 121 a 234-B do CP / Julio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini. – 27. Ed. Rev. E atual. até 5 de janeiro de 2010 – São Paulo, Atlas 2010.
[4] Comentários ao Código Penal, v. V, p. 312.

Para a realização desse procedimento não se exige o registro do boletim de ocorrência ou qualquer espécie de autorização judicial, já que a lei, em nenhum momento, faz referência ao preenchimento desse requisito. Tampouco se exige, da mesma forma, eventual julgamento do processo-crime relativo ao estupro, pois, a essa altura, devido à demora, a criança já teria nascido. De rigor, no entanto, que se colha o consentimento da gestante ou, se incapaz, de seu representante legal ou, na impossibilidade, do suprimento judicial.

Os procedimentos dos serviços de saúde não equivalem aos procedimentos investigativos criminais, mas nem por isso afastam a exigência de providências formais. Os documentos necessários para o abortamento nos casos de violência sexual serão colhidos no hospital em que a interrupção da gravidez será realizada e a pessoa que opta pelo procedimento se responsabiliza pelos fatos narrados à equipe médica como verdadeiros: Termo de Relato Circunstanciado, Termo de Consentimento Livre e Esclarecido e Termo de Responsabilidade5.

Ao médico, porém, se confere o direito de invocar a chamada "objeção de consciência" e, assim, se recusar a realizar o aborto. É o que consta do capítulo II, inc. IX, do Código de Ética Médica (Res. CFM 1931/2009), que assegura ao médico possibilidade de "recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência". Nesse caso, incumbe ao médico o encaminhamento do atendimento a outro profissional ou hospital para a realização do procedimento, sob pena de responsabilizar-se pela omissão. Ao médico não cabe a decisão de negar direito que não lhe cabe (o da interrupção da gravidez), a não ser a única e exclusiva escusa de consciência que eventualmente venha a alegar. Vale destacar que a recusa é questão do foro individual do profissional, não podendo significar negativa absoluta de atendimento por parte do serviço de saúde.

5 De acordo com a Portaria MS/GM n° 2.282/2020 do Ministério da Saúde, há ainda a necessidade de um parecer técnico do(a) profissional de medicina que ateste a compatibilidade da idade gestacional com a data da violência sexual relatada e um termo que aprove o procedimento de interrupção da gravidez, assinado por no mínimo três integrantes da equipe multiprofissional.

A propósito, pertinente observar que a Convenção de Belém do Pará prevê, em seu artigo 2º, que a violência contra a mulher abrange não só a violência física, sexual e psicológica, mas também aquela perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra; outrossim, em seu artigo 4º, que toda mulher tem direito ao reconhecimento, desfrute, exercício e proteção de todos os direitos humanos e liberdades consagrados em todos os instrumentos regionais e internacionais relativos aos direitos humanos, que abrangem, dentre outros, o direito a que se respeite sua vida; o direito a que se respeite sua integridade física, mental e moral; e o direito a não ser submetida a tortura.

O art. 9º, §3º, da Lei 11.340/06 dispõe que à mulher submetida a violência doméstica e familiar se asseguram, além de serviços de contracepção de emergência e de profilaxia de doenças sexualmente transmissíveis a da AIDS, "outros procedimentos médicos necessários e cabíveis". Nada impede que o juiz, o promotor de Justiça ou a autoridade policial adote medidas para o encaminhamento da vítima a hospitais para o acesso ao direito de interrupção da gravidez, quando se estiver diante das hipóteses da lei e essa for sua intenção.

Não bastasse, a Lei Federal n. 12.845/13, que dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual, prevê a obrigação dos hospitais de garantir às vítimas de violência sexual atendimento emergencial e multidisciplinar, objetivando tratamento dos agravos físicos e psíquicos decorrentes de violência, o que compreende diagnóstico e tratamento das lesões; amparo médico, psicológico e social; facilitação do registro da ocorrência e providências correlatas; profilaxia da gravidez e de Doenças Sexualmente Transmissíveis DST; coleta de material para exame de HIV e acompanhamento; além de fornecimento de informações sobre direitos legais e serviços disponíveis, o que evidentemente abrange o direito à interrupção da gestação, desde que presentes as hipóteses previstas em lei.

Vale observar que a lei não prevê o período máximo para a interrupção da gravidez. Norma técnica do Ministério da Saúde prevê:

“Sob a perspectiva da saúde, abortamento é a interrupção da gravidez até a 20a ou 22a semana de gestação, e com produto da concepção pesando menos que 500g. Aborto é o produto da concepção eliminado pelo abortamento.de que o procedimento deva ocorrer até a 20ª semana de gestação”6.

É uma referência da área técnica que, a nosso ver, é legítima, entretanto o transcorrer do prazo não afasta a legalidade do procedimento, consideradas as condições seguras do procedimento. Incumbe à área médica inclusive proceder a um diagnóstico pautado na perspectiva de gênero, ou seja, que atente não só aos riscos da gestante no âmbito de sua saúde física, mas também no de sua saúde psicológica. Ter a perspectiva das dores de carregar, nos ombros, a tortura de prosseguir com uma gravidez decorrente de grave violação a dignidade sexual da mulher, é uma diretriz também legítima, constitucional e assim reconhecida em nossa legislação penal.

Não por outro motivo, o tempo para a decisão e para a realização do procedimento é fundamental para impedir violações outras, garantindo-se prioridade ao processo. Ao Ministério Público incumbe atentar a essa cautela a fim de garantir atenção humanizada à gestante vítima de violência sexual e evitar que se sucedam casos de violência institucional.

4 - O aborto eugênico, ou engenésico, eugenético ou piedoso, é permitido em caso de anencefalia do feto (ADPF 54, STF). Importante lembrar que essa hipótese não está prevista em lei, gerando indisfarçável controvérsia entre os operadores do Direito. A discussão chegou aos Tribunais Superiores. Provocado a se manifestar, o Supremo Tribunal Federal, na ADPF 54 ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), reconheceu que, diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia a dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores da maior

6 Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes : norma técnica / Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. – 3. ed. atual. e ampl., 2. reimpr. – Brasília : Ministério da Saúde, 2014. Disponível em: https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/wp-content/uploads/2018/01/Preven%C3%A7%C3%A3o-e-Tratamento2014.pdf.

confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intrauterino em mais de 50% dos casos. A gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é – e ninguém ousa contestar –, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto – que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade.

Logo após a decisão do STF, o Conselho Federal de Medicina (CFM) publicou as diretrizes para interrupção da gravidez em caso de feto anencéfalo. O texto prevê que os exames de ultrassonografia precisam ser feitos a partir da 12ª semana de gravidez, período no qual o feto já se encontra num estágio suficiente para se detectar a anomalia.

No caso do diagnóstico da anencefalia, o laudo terá que ser assinado, obrigatoriamente, por dois médicos. A gestante será informada do resultado e poderá optar livremente por antecipar o parto (fazer o aborto) ou manter a gravidez e, ainda, se gostaria de ouvir a opinião de uma junta médica ou de outro profissional. A interrupção da gravidez poderá ser realizada em hospital público ou privado e em clínicas, desde que haja estrutura adequada. A gestante terá toda assistência de saúde e será aconselhada a adotar medidas para evitar novo feto anencefálico, com a ingestão de ácido fólico.

Vale ressaltar que, em nenhuma hipótese, esta nota garante qualquer possibilidade aos chamados aborto *social* e aborto *honoris causa,* situações não justificadas à interrupção da gravidez e, portanto, passíveis de persecução penal.

Por fim, recomenda-se, em acréscimo a esta Nota, a leitura da **Nota Técnica Conjunta (clique aqui),** que questiona a constitucionalidade da Portaria nº 2.561, de 23 de setembro de 2020 elaborada pelo Centro de Apoio Criminal e Centro de Apoio Cível e de Tutela Coletiva do MPSP, que dispõe sobre o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde-SUS, a respeito da qual foi lançado posicionamento que a ela atribui caráter de violação aos direitos humanos das mulheres e meninas,

infringindo tratados internacionais ratificados pelo Brasil, bem como a Constituição Federal da República e leis federais.

São Paulo, 23 de junho de 2022.

Núcleo de Gênero do Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo

Núcleo de Atendimento à Vítima de Violência e seus Familiares do Ministério Público do Estado de São Paulo