

**MINISTÉRIO DA SAÚDE
SECRETARIA DE ATENÇÃO À SAÚDE
DEPARTAMENTO DE AÇÕES PROGRAMÁTICAS ESTRATÉGICAS
ÁREA TÉCNICA DE SAÚDE DA MULHER**

ASPECTOS JURÍDICOS DO ATENDIMENTO ÀS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA

PERGUNTAS E RESPOSTAS PARA PROFISSIONAIS DE SAÚDE

**Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos
Caderno nº 7**

**Brasília - DF
2005**

©2005. Ministério da Saúde.

É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte.

Tiragem: 1ª edição - 10.000 exemplares

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 da Mulher

Área Técnica de Saúde da Mulher

Esplanada dos Ministérios, Bloco G, 6º Andar, Sala 629

CEP: 70058-900 Brasília - DF

Tel.: (61) 315 2933 Fax: (61) 322 3912

ELABORAÇÃO

José Henrique Torres - Juiz de Direito da Vara do Júri de Campinas - SP. Professor de Direito Penal - PUC Campinas.

COLABORAÇÃO

Iolanda Vaz Guimarães

Ivone Peixoto Gonçalves de Oliveira

Juliana Monti Maifrino

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Catálogo na fonte

Bibliotecária Luciana Cerqueira Brito - CRB 1ª Região nº 1542

Ficha Catalográfica

Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. Aspectos Jurídicos do Atendimento às Vítimas de Violência - perguntas e respostas para profissionais de saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

21 p. - (Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos - Caderno nº 7)

ISBN _ _ _ _ _

1. Direitos Sexuais e Reprodutivos. 2. Atendimento às Vítimas de Violência I. Brasil. Ministério da Saúde. II. Brasil. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. III. Título. IV. Série.

NLM _____

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	8
PERGUNTAS E RESPOSTAS	10
1. O que dispõe a lei sobre o aborto pós-estupro?	10
2. É preciso confirmar que houve estupro para que a mulher possa praticar o abortamento?	11
3. Em que condições o médico poderá ser processado por realizar um abortamento?	12
4. 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 conseqüências para a mulher e para o profissional que a atendeu?	13
5. 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?	13
6. O BO tem de ser feito no momento em que a violência aconteceu ou pode ser feito posteriormente? ..	14
7. 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?	15
8. É possível realizar um aborto numa mulher que se recusa a prestar queixa contra o agressor?	15
9. Quando há a obrigatoriedade do exame pelo perito?	15
10. O que é violência presumida?	16
11. Uma adolescente de 13 anos, 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?	16
12. Quando uma vítima de violência, de menor idade, é abusada, está grávida, quer abortar e não tem apoio da mãe ou do pai, como o profissional de saúde deverá proceder para atender sua demanda? ..	16
13. 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?	18
14. O que fazer diante de uma situação em que o responsável pelo menor recusa-se a notificar ao Conselho Tutelar a ocorrência de crime sexual contra esse menor?	21
15. 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?	22
16. 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?	22
17. 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 a situação, quais são os direitos da mulher e como deve proceder o diretor do serviço e o secretário de saúde do município?	23

APRESENTAÇÃO

O Ministério da Saúde, por meio da Área Técnica de Saúde da Mulher (ATSM), estabeleceu em sua Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher – Plano de Ação 2004-2007, em um de seus objetivos específicos, promover a atenção humanizada às mulheres e às adolescentes em situação de violência doméstica e sexual.

Para viabilizar as ações contidas neste Plano, a ATSM vem investindo em várias estratégias, entre elas, algumas publicações respaldadas em recentes pesquisas científicas, sempre com o intuito de preencher lacunas de conhecimentos que, em inúmeras situações, são verdadeiros entraves para que as mulheres e as adolescentes vítimas de violência sejam atendidas de forma digna e tenham suas demandas atendidas.

Uma das dificuldades encontradas pelos profissionais de saúde que lidam com situações de violência, considerando-se sua repercussão legal, é a falta de linguagem comum e de conceitos que reúnam o conhecimento médico ao de outras áreas, como as áreas social e jurídica.

Ao confrontar-se com casos de abortamento mediante solicitação respaldada no fato de a gravidez ter sido originada por atos de violência, enquadrando-se no Código Penal, art. 128, e demais normativas, o profissional de saúde questiona-se sobre seu papel, sua responsabilidade legal e sobre as conseqüências de qualquer ação.

A Norma Técnica de *Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes*, publicada pelo Ministério da Saúde, inclui os procedimentos recomendados para o abortamento seguro e tem auxiliado os profissionais na organização de serviços e no desenvolvimento de atuação eficaz e qualificada nos casos de violência. Daí surge a necessidade de aprofundarmos o enfoque jurídico, atendendo ao pedido dos profissionais que querem conhecer mais e compreender seus limites e obrigações nos casos de abortamento previsto em lei.

A *Série Direitos Sexuais e Direitos* é resultado de um compromisso que objetiva contribuir para a formação de profissionais de saúde, uma vez que são esses alguns dos principais atores envolvidos na mudança da qualidade da atenção prestada às mulheres em situação de violência.

Neste documento, tratamos do tema *Aspectos Jurídicos do Atendimento às Vítimas de Violência*, na forma de perguntas e respostas para as questões mais freqüentes no cotidiano de profissionais que possuem a missão de atender mulheres e adolescentes nestas situações de intensa vulnerabilidade que requerem, além de olhar diferenciado, embasado em solidariedade e gestos humanitários, o domínio de métodos e atitudes que minimizem os agravos decorrentes da situação de violência.

Acreditamos que este manual dirigido aos profissionais de saúde, gestores, usuários e usuárias do Sistema Único de Saúde, poderá ser instrumento importante na condução da tarefa de se prestar atenção integral à saúde da mulher e da adolescente em situação de violência, na sua real amplitude. Com certeza, essa contribuição consolida o caminho de conquistas e acesso aos direitos de todas as pessoas como direitos humanos, entre eles o direito essencial à saúde e ao tratamento digno.

Área Técnica de Saúde da Mulher
Ministério da Saúde

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

R: De acordo com o art 128, inciso II do Código Penal, o abortamento é permitido **quando a gravidez resulta de estupro**, crime tipificado no art 213 do Código Penal¹. Nesse caso exige-se o consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal². Trata-se do abortamento sentimental, ético ou humanitário, considerado lícito pelo sistema penal. Assim, se a gravidez resultou de estupro, a gestante tem o direito de interromper a gestação. A jurisprudência e a doutrina ensinam que, por analogia, o abortamento também pode ser praticado **quando a gravidez resulta de atentado violento ao pudor**, que é um crime definido no artigo 214 do Código Penal³. Como se vê, o abortamento sentimental, humanitário ou ético, não é criminoso e constitui um direito da mulher, que tem garantido, pela Constituição Federal e pelas Normas Internacionais de Direitos Humanos, o direito à integral assistência médica e à plena garantia de sua saúde sexual e reprodutiva⁴.

¹ Código Penal, artigo 213: Constranger a mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.

² 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.

³ Código Penal, artigo 214: Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

⁴ 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. Esta 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*, p. 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 à não discriminação, o direito à auto-determinação, 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 (Assembléia Geral Extraordinária da ONU, Cairo + 5, Nova York, 1999) e do parágrafo 107 i do Documento de Resultados de Pequim + 5 (Assembléia Geral Extraordinária da ONU, Pequim + 5 - Mulher 2000: Igualdade de Gênero, Desenvolvimento e Paz para o Século 21, Nova Iorque, 2000) que às mulheres que optam pelo

Finalmente, é bom lembrar que, se o nosso sistema jurídico permite a prática do abortamento ético, considerando-o absolutamente lícito, seria absurdo incompreensível negar assistência médica à mulher que pretende interromper uma gravidez decorrente de crime sexual, obrigando-a a suportar os riscos, inclusive ominosos, de um abortamento clandestino, marginal e inseguro, praticado sem as necessárias e imprescindíveis condições técnicas, em local inadequado, sem higiene, sem assistência psicológica, sem acompanhamento profissional e sem qualquer respeito à sua dignidade e à sua condição humana. Não se pode “dar com uma mão e tomar com a outra”. Não se pode permitir o abortamento sentimental, considerando-o lícito, e, ao mesmo tempo, abandonar a mulher que deseja praticá-lo. Decididamente, o aborto pós-estupro é um direito da mulher em razão de uma gravidez indesejada, direito esse garantido pelas normas internacionais de direitos humanos, pela Constituição Federal e, especificamente, pela legislação penal.

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

R: Para a prática do abortamento sentimental, ético ou humanitário, não há necessidade de decisão judicial afirmando a ocorrência do estupro ou do atentado violento ao pudor. Portanto, não há necessidade de autorização judicial nem de sentença condenando o autor do crime sexual. Aliás, se houvesse necessidade de prévia decisão judicial condenatória, o abortamento ético seria impraticável em razão da demora, muitas vezes até mesmo necessária e justificável, do procedimento judicial. 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)⁵. Como se vê, o serviço de saúde deve estar estruturado para acolher a mulher vítima de violência sexual e, mediante os procedimentos adequados (anamnese, exames clínicos e outros, verificação da idade gestacional, entrevistas com psicólogos e assistentes sociais, etc.), firmar o seu convencimento sobre a ocorrência do crime sexual. Aliás, a palavra da mulher que busca assistência médica afirmando ter sido vítima de 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 um direito. Caberá à justiça criminal, no processo

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 inofismável o cabimento da autorização do abortamento *in casu* e para que o ato seja realizado com segurança.

⁵ No mesmo sentido: Custódio da Silveira, Direito Penal, 1973, p. 129; Leite Fernandes, Aborto e Infanticídio, 1972, pp. 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).

respectivo, garantir ao eventual acusado os direitos cabíveis, como o contraditório e a amplitude de 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 criminal⁶.

3. 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 125⁷ e 126⁸ do Código Penal. Nesses casos, o médico poderá ser responsabilizado criminalmente pelo abortamento. Entretanto, não se pode falar em crime, nem em responsabilidade penal do médico, quando o abortamento é praticado nos termos do artigo 128, incisos I e II do Código Penal⁹ (aborto necessário e aborto sentimental). Também não se pode falar em crime quando o abortamento é praticado em razão da constatação de má-formação fetal com inviabilidade de vida extra-uterina¹⁰, conforme têm afirmado doutrinadores e decidido inúmeros juízes e tribunais pátrios¹¹.

⁶ 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 asservo 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).

⁷ Código Penal, artigo 125: Provocar aborto, sem o consentimento da gestante.

⁸ Código Penal, artigo 126: Provocar aborto, com o consentimento da gestante.

⁹ 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.

¹⁰ É que nesse caso, diante da inexistência 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.

¹¹ Decisões judiciais sobre má-formação 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 (ausência de cérebro), afecção irreversível que impossibilita totalmente a sobrevivência extra-uterina, hipótese em que, ao direito 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 intra-uterino ou no período neonatal. Apesar de não se achar prevista entre as causas autorizadas 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

4. 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 conseqüências 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, 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, parágrafo 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 putativo. Entretanto, a gestante responderia pelo crime de abortamento tipificado no artigo 124 do Código Penal¹². Como ensina o jurista Nelson Hungria, “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).

5. 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, têm objetivos distintos e inclusive podem ser realizados independentemente um do outro. O Boletim de Ocorrência (BO) é um 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, um procedimento investigatório. O laudo do IML é um documento elaborado para fazer prova criminal. Esses procedimentos são elaborados para a persecução penal. Nenhum desses documentos é exigido legalmente para a realização do abortamento sentimental. Portanto, mesmo que não seja lavrado o BO, e ainda que não seja realizado o exame pelo IML, o abortamento sentimental pode ser realizado na legalidade. Decididamente, é recomendável o fazimento do BO e do exame no IML, mas não se podem fazer essas exigências como condição para a prática do abortamento ético. 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

anomalias incompatíveis com a sobrevivência extra-uterina, 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, relator 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, pp. 101-111 - janeiro/fevereiro/2001.

¹² Código Penal, artigo 124: Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque.

médica, antes de qualquer providência policial ou judicial. 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 lavrar o BO, 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 no prontuário médico do serviço que assistiu a vítima¹³. 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 DST, HIV, hepatite B e prevenção da gestação indesejada, por exemplo, bem como para receber acompanhamento psicológico e de assistência social, quando possível. Esse atendimento, obviamente, não acarreta nenhum prejuízo para as investigações policiais, as quais poderão ser iniciadas e realizadas a qualquer tempo. 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.

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

R: O BO 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. A qualquer tempo, a vítima 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. 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, seria impossível lavrar o BO nos casos de homicídio ou nos casos em que a vítima está hospitalizada. É verdade que, nos casos de crimes contra a liberdade sexual, a ação penal respectiva é privada e depende exclusivamente da iniciativa da vítima ou de seu representante legal. Mas, essas providências relativas à

¹³ 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).

propositura da ação penal (queixa-crime) contra o agressor nada tem a ver com a simples lavratura do BO, que é apenas uma comunicação do fato à polícia e, por isso, pode ser feita a qualquer tempo.

7. 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, ou incapaz por outro motivo que a lei estabeleça, há necessidade do consentimento dos pais ou dos responsáveis, como será melhor examinado na questão 12.

8. É possível realizar um aborto numa mulher que se recusa a prestar queixa contra o agressor?

R: A mulher estuprada, ou vítima de qualquer violência sexual, não tem o dever legal de noticiar o fato à polícia, nem tem o dever legal de contar a sua história a ninguém, nem está legalmente obrigada a oferecer queixa contra o seu agressor. Portanto, mesmo que a mulher estuprada não tome nenhuma providência no âmbito policial ou judicial, o abortamento pode e deve ser realizado ainda que ela se recuse a oferecer queixa contra o seu agressor. Aliás, constitui "violência" contra a mulher condicionar a realização do abortamento sentimental ao oferecimento da queixa contra o agressor. É verdade que a mulher deve ser orientada e estimulada a tomar as providências policiais e judiciais cabíveis, mas não se pode negar a ela a interrupção da gravidez diante da recusa do oferecimento de queixa contra o agressor. Finalmente, devo lembrar que a palavra "queixa" tem 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. Trata-se de 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 procedimento investigativo, ou seja, de inquérito policial, que precede o oferecimento da "queixa", embasando-a. Entretanto, seja como for, não se pode condicionar a realização do abortamento sentimental ao oferecimento da "queixa" nem à comunicação do fato à polícia (*notitia criminis*).

9. Quando há a obrigatoriedade do exame pelo perito?

R: Para a realização do abortamento sentimental, 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. 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 5.

10. O que é violência presumida?

R: De acordo com o artigo 224 do Código Penal, “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”. Assim, nesses casos, ainda que a vítima consinta com o ato, o sistema jurídico presume a ocorrência da violência e, conseqüentemente, a caracterização do estupro ou do atentado violento ao pudor.

11. Uma adolescente de 13 anos, 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 presume a violência e fica caracterizado o crime de **estupro** ou o crime de **atentado violento ao pudor**, como afirmei na resposta anterior. Logo, é admissível a interrupção da gravidez decorrente de tal ato. O artigo 128, II do Código Penal, não faz distinção entre o estupro real e o estupro presumido¹⁴. Logo, não cabe ao intérprete restringir tal dispositivo para excluir a hipótese de violência presumida. É que as normas permissivas não admitem interpretação restritiva, mas, apenas ampliativa. Assim, tenha a gravidez resultado de estupro real ou de estupro presumido, a adolescente ou a mulher tem o direito de interromper a gravidez.

12. Quando uma vítima de violência, de menor idade, é abusada, está grávida, quer abortar e não tem apoio da mãe ou do pai, como o profissional de saúde deverá proceder para atender sua demanda?

R: DAS GESTANTES ABSOLUTAMENTE INCAPAZES, DE ACORDO COM O NOVO CÓDIGO CIVIL¹⁵: de acordo com o artigo 3º, do Código Civil, **são absolutamente incapazes** de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I- os menores de 16 anos (aqueles que ainda não completaram 16 anos de idade); II- os maiores de 16 anos (com 16 anos ou mais) que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III- os maiores de 16 anos (com 16 anos ou mais) que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. As pessoas mencionadas nos itens II e III são representadas por curador nomeado pelo Juiz (Código

¹⁴ “Aborto sentimental (inciso II): Trata-se do aborto também denominado ético ou humanitário. Exige-se, para que seja lícito: 1. Gravidez conseqüente 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).

¹⁵ Lei nº 10.406/2002, em vigor a partir de 11.01.2003.

Civil, artigo 1.767)¹⁶. Os menores de 16 anos são representados pelos pais (Código Civil, artigo 1.690)¹⁷. Assim, nos termos do artigo 128, inciso II do Código Penal, o consentimento para o abortamento ético deve ser dado (1) **pelo curador**, quando a gestante estiver em uma das situações previstas nos incisos II e III do artigo 3º do Código Civil; e (2) **pelos pais**, quando a gestante for menor de 16 anos, ou seja, quando a gestante ainda não completou 16 anos de idade. Esse consentimento, do curador ou dos pais, deve ser dado por escrito. Entretanto, **se a gestante tiver condições de discernimento e puder exprimir a sua vontade, deverá assinar o consentimento também**. 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. Aliás, o Estatuto da Criança e do Adolescente consagra o princípio do respeito à opinião e à vontade das crianças e dos adolescentes¹⁸. É preciso observar, ainda, que, se a hipótese for de abortamento sentimental em gestante que não conta 16 anos, é imprescindível o consentimento de **ambos os pais**. 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. Caso os pais diverjam quanto ao consentimento, caberá ao Juiz Cível decidir¹⁹. 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. Caso os pais não consentam com o abortamento, divergindo ambos da vontade da gestante incapaz, também caberá ao Juiz Cível decidir, suprimindo ou não o consentimento dos representantes, mediante requerimento do Ministério Público. O mesmo deve ser afirmado com relação aos curadores dos incapazes mencionados nos incisos II e III do artigo 3º do Código Civil: somente o Juiz Cível poderá suprir o seu consentimento.

DAS GESTANTES ADOLESCENTES RELATIVAMENTE INCAPAZES DE ACORDO COM O NOVO CÓDIGO CIVIL: os adolescentes que já completaram 16 anos de idade e antes de completarem 18 anos são considerados **relativamente incapazes** e,

¹⁶ Código Civil, artigo 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.

¹⁷ Código Civil, 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.

¹⁸ 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, idéias 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.

¹⁹ 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.

embora não sejam representados pelos pais, são por eles assistidos nos atos da vida civil (Código Civil, artigos 4º e 1.690)²⁰. Portanto, o Código Civil considera que os menores de 18 anos também não têm capacidade para, sozinhos, praticar atos da vida civil. Em consequência, se a gestante for uma adolescente menor de 18 anos e maior de 16 anos de idade, também não poderá sozinha consentir com o abortamento. Logo, seja como representantes dos **plenamente incapazes**, seja como assistentes dos **relativamente incapazes**, os pais da gestante menor de 18 anos deverão dar o seu consentimento para a prática do abortamento sentimental, ético ou humanitário. Lembre-se de que também são relativamente incapazes as pessoas mencionadas nos incisos II e III do artigo 4º do Código Civil²¹. Essas pessoas, quando maiores de 18 anos, são representadas por curador nomeado pelo Juiz²². Nessas hipóteses, obviamente, cabe ao curador nomeado consentir com a prática do abortamento sentimental. Observo, ainda, que os menores de 18 anos são colocados sob TUTELA quando os pais falecerem ou perderem o poder familiar²³. E o tutor nomeado, representante desses adolescentes, também é nomeado pelo Juiz. Assim, se a gestante tiver um tutor, esse representante deve consentir com o abortamento sentimental e, como nos demais casos, somente o Juiz Cível pode suprir o seu consentimento.

DA GESTANTE PLENAMENTE CAPAZ: a gestante maior de 18 anos e plenamente capaz, ou seja, que não esteja sob curatela ou tutela, poderá sozinha consentir com o abortamento sentimental²⁴. Por derradeiro, lembro 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 artigo 5º do Código Civil²⁵. Portanto, nessas hipóteses, a gestante também poderá sozinha consentir com o abortamento.

13. 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

²⁰ Código Civil, artigo 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.

²¹ 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.

²² 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.

²³ 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.

²⁴ Artigo 5º: A menoridade cessa aos 18 (dezoito) anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

²⁵ 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 (dezesseis) 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 (dezesseis) anos completo tenha economia própria.

peessoa até 12 anos de idade incompletos e adolescente aquela entre 12 e 18 anos de idade. Portanto, são considerados adolescentes os menores que ainda não completaram 18 anos de idade e que já contam 12 ou mais anos de idade. De acordo com o Código Civil, os filhos menores, aqueles que ainda não contam 18 anos de idade, crianças ou adolescentes, estão sujeitos ao poder familiar (Código Civil, artigo 1.630)²⁶. Esse poder familiar é exercido pelos pais, aos quais compete dirigir a criação e a educação dos filhos menores (Código Civil, artigo 1.634)²⁷. Assim, em princípio, para que possam exercer com plenitude o poder familiar, os pais devem ser informados quando seus filhos menores são vítimas de quaisquer maus-tratos e, obviamente, em especial, quando são vítimas de qualquer violência sexual. É verdade que o artigo 103 do Código de Ética Médica dispõe que *“é vedado ao médico revelar segredo profissional referente a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou responsáveis legais, desde que o menor tenha capacidade de avaliar seu problema e de conduzir-se por seus próprios meios para solucioná-los, salvo quando a não revelação possa acarretar danos ao paciente”*. Assim, uma leitura apressada e isolada do mencionado dispositivo legal pode levar à conclusão de que o médico está proibido de revelar aos pais a violência sexual sofrida pelo menor, quando esse menor deseja guardar segredo sobre o fato. Ledo engano. O dispositivo legal em referência dispõe exatamente o contrário. Na realidade, tal dispositivo afirma a obrigação de revelar o fato aos pais, estabelecendo, contudo, exceção para essa regra: se o adolescente tiver capacidade de avaliar o seu problema e tiver capacidade para conduzir-se por seus próprios meios para solucionar esse problema, não é possível revelar aos pais o fato que o adolescente deseja preservar em segredo. Todavia, ainda que o adolescente tenha capacidade para avaliar o seu problema e tenha também capacidade para conduzir-se por seus próprios meios para solucioná-lo, os pais devem ser informados sobre o problema se a sua não revelação puder acarretar qualquer dano à criança ou ao adolescente, seja de ordem física ou psíquica. Como se vê, a regra de comunicação do fato aos pais deve seguir o princípio da proteção da criança ou do adolescente. **Decididamente, quando o adolescente tiver capacidade para avaliar o seu problema e puder conduzir-se por seus próprios meios para solucioná-lo, a sua vontade deve ser respeitada e o segredo não deve ser revelado nem aos seus pais.** Todavia, se essa não revelação puder acarretar qualquer dano ao menor, os seus pais ou responsáveis devem ser comunicados, ainda que a vontade do menor seja contrariada. **Portanto, para que o fato seja mantido em segredo, em relação aos pais ou responsáveis, exige-se a presença de dois requisitos: (1) o menor deve ter capacidade para avaliar o seu problema e deve ter condições para conduzir-se por seus próprios meios para solucioná-lo; e (2) a não revelação aos pais ou responsáveis não acarretará nenhum problema ao menor. Assim, cabe ao serviço de atendimento à saúde fazer tal avaliação e, se não houver possibilidade de qualquer dano para o menor e diante da constatação de que o menor pode avaliar o seu problema e resolvê-lo sozinho, 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 aos adolescentes devem

²⁶ Código Civil, artigo 1.630: Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

²⁷ Código Civil, artigo 1.634: Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I- dirigir-lhes a criação e educação.

agir com cautela e, ainda que decidam não revelar o fato aos pais, devem orientar o adolescente a, no momento oportuno, autorizar a comunicação do fato aos pais. É que, como acima deixei afirmado, os adolescentes estão sujeitos ao poder familiar exercido pelos pais que, assim, devem ser partícipes da assistência dispensada aos filhos. Como se vê, todo o procedimento de assistência aos adolescentes deve submeter-se ao princípio da proteção destes. Portanto, a evitação de danos para o adolescente 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 adolescente que, em face da revelação, pode afastar-se do serviço e perder a confiança nos profissionais que o assistem, o que, obviamente, pode acarretar sérios prejuízos para o adolescente, frustrando o objetivo de garantia e proteção. Assim, se a revelação do segredo aos pais puder acarretar danos ao adolescente, o segredo também não deve ser revelado. E, se a não revelação puder acarretar algum dano para o adolescente, o segredo deve ser revelado.

NOTA: Devo observar, ainda, que o princípio da proteção ao adolescente 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 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 o menor, a comunicação ao Conselho Tutelar é descabida, como é descabida a comunicação aos pais, conforme acima consignei. É que tal comunicação aos pais e ao Conselho visa à proteção do menor. Logo, obviamente, se a manutenção do segredo for imprescindível para a segurança do menor, 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 decisão fundamentada do serviço de assistência ao adolescente. E essa decisão deve ser registrada no prontuário do adolescente 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 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 violência sexual contra adolescente, da qual tomou conhecimento no exercício de sua atividade profissional. Todavia, sob a égide do princípio da proteção do adolescente, a não comunicação de tal fato à autoridade competente não poderá constituir infração administrativa se a revelação puder, de qualquer forma, acarretar danos para o adolescente. Entretanto, não se olvide de que a decisão de não comunicar o fato às autoridades competentes também é excepcional e também deve ser fruto de decisão fundamentada e registrada no

prontuário do adolescente, fruto da constatação 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, mas apenas e tão-somente quando o crime for de ação penal pública incondicionada. Assim, quando o crime for de ação penal privada ou de ação penal pública condicionada a representação, não se pode falar em contravenção nos casos de omissão de comunicação. E o estupro, bem como o atentado violento ao pudor, é um crime de ação penal privada em regra e, excepcionalmente, de ação penal pública condicionada a representação²⁸. Portanto, não se pode falar na tipificação da referida contravenção penal quando o profissional deixa de comunicar à autoridade competente a ocorrência de um estupro, ou de qualquer outro crime contra a liberdade sexual, se o crime for de ação penal privada ou de ação penal pública condicionada a representação. E a ação penal somente será pública incondicionada quando o crime for cometido com abuso de pátrio poder (poder familiar), ou da qualidade de padastro, tutor ou curador (Código Penal, artigo 225, parágrafo 1º, inciso II). Portanto, nesse caso, há obrigatoriedade da comunicação do fato à autoridade competente e a omissão dessa comunicação tipifica o artigo 66 da Lei das Contravenções Penais. Assim, nesses casos, a ocorrência da violência sexual deve ser comunicada à autoridade policial e não se pode falar em segredo. Em consequência, quando o autor da violência sexual for um dos pais, padastro, tutor ou curador do menor, também não se aplica o artigo 103 do Código de Ética Médica. Assim, se o agressor for um dos pais, o outro poderá ser comunicado, ainda que desrespeitada a vontade do menor. E, além disso, a autoridade competente deve ser comunicada. **CÓDIGO PENAL, ARTIGO 154: CRIME DE REVELAÇÃO DE SEGREDO MÉDICO.** Por derradeiro, lembro 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, somente ficará caracterizado o crime de violação de segredo profissional se essa revelação puder acarretar dano a outrem e se a revelação for feita sem justa causa. Ora, se a revelação for feita exatamente para preservar o menor da ocorrência de danos, estará afastada a caracterização do referido crime.

14. O que fazer diante de uma situação em que o responsável pelo menor recusa-se a notificar ao Conselho Tutelar a ocorrência de crime sexual contra esse adolescente?

R: De acordo com o artigo 13 do Estatuto da Criança e do Adolescente, os casos de

²⁸ Código Penal, artigo 225: Nos crimes definidos nos capítulos anteriores (estupro, atentado violento ao pudor, etc.), somente se procede mediante queixa. Parágrafo 1º - Procede-se, entretanto, mediante ação pública: I- se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis a manutenção própria ou da família; II- se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padastro, tutor ou curador. Parágrafo 2º - No caso do nº I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação.

suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade. Assim, diante de uma violência, real ou presumida, praticada 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 do menor.

15. 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 às autoridades competentes os casos de que tenha conhecimento, envolvendo suspeita 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 CP, 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.

16. 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: O médico não pode ser obrigado a realizar o abortamento sentimental, ético ou humanitário. Todavia, cabe ao Estado garantir à mulher a prática desse abortamento. Assim, para garantir o direito da mulher ao abortamento sentimental, que é lícito, o Estado deve manter nos hospitais públicos profissionais que se disponham a realizar tal ato. Caso não seja mantido esse direito da mulher, e venha ela a sofrer qualquer prejuízo em decorrência dessa omissão, seja prejuízo de ordem moral, física, seja psíquica, o Estado poderá ser responsabilizado civilmente pela indenização dos danos. 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. Portanto, se o abortamento necessário não for praticado, o médico poderá ser responsabilizado civil e criminalmente pelos danos e prejuízos que causar à gestante em razão de sua omissão.

Pode o omitente inclusive responder pela morte da gestante, criminalmente, por homicídio, pois podia e devia agir para evitar tal resultado (Código Penal, artigo 13, Parágrafo 2º)²⁹.

17. 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 anti-aborto 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 a 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 cliente a procedimento criminal. Portanto, embora o auto-aborto, crime tipificado no artigo 124 do Código Penal³⁰, 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 manter comunicado à autoridade competente, quando essa comunicação puder acarretar procedimento criminal contra o paciente. Aliás, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, tratando-se de investigação de crime, sua revelação deve ser feita em termos, ressaltando-se os interesses do cliente, pois o médico não se pode transformar em delator de seu paciente (RT 562/407; v.t. RJ TJ SP 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. 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 a 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, artigo 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. Cabe, nesse caso, ao diretor de 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.

²⁹ Código Penal, artigo 13, Parágrafo 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; (Parágrafo 2º) A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: I- tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; II- de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; III- com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

³⁰ Código Penal, artigo 124: Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque.

Colofão



PACTO NACIONAL PELA REDUÇÃO DA
MORTALIDADE MATERNA E NEONATAL

Ministério
da Saúde

