

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

Michelle Gomes Vieira Gouw

**ABORTO LEGAL: VIOLAÇÃO AOS DIRITOS DA MULHER VÍTIMA DE
VIOLÊNCIA SEXUAL E A REPERCUSSÃO DA PORTARIA Nº 2.282/20**

São Paulo – SP

2021

MICHELLE GOMES VIEIRA GOUW

**ABORTO LEGAL: VIOLAÇÃO AOS DIRITOS DA MULHER VÍTIMA DE
VIOLÊNCIA SEXUAL E A REPERCUSSÃO DA PORTARIA Nº 2.282/20**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dr. Diogo Leonardo Machado de Melo

São Paulo – SP

2021

MICHELLE GOMES VIEIRA GOUW

**ABORTO LEGAL: VIOLAÇÃO AOS DIRITOS DA MULHER VÍTIMA DE
VIOLÊNCIA SEXUAL E A REPERCUSSÃO DA PORTARIA Nº 2.282/20**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: __/__/__

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Diogo Leonardo Machado de Melo

Examinador (a)

Examinador (a)

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Ilda e Alex, por todo amor, incentivo e apoio durante toda minha vida, por sempre me incentivarem a lutar pelo meu futuro e por não medirem esforços para me proporcionar as melhores oportunidades de estudo. Agradeço imensamente por terem investido tanto em mim e, principalmente, por todos os valores que me ensinaram. Sem vocês nada disso seria possível.

À toda minha família, em especial à minha irmã, à minha madrinha e ao meu padrinho. Obrigada por sempre confiarem e torcerem tanto por mim.

A todos os meus amigos, que sempre estiveram ao meu lado, independente das circunstâncias, vivendo comigo a fase mais desafiadora e ao mesmo tempo mais prazerosa da minha vida. Em especial, gostaria de agradecer às minhas amigas do “PCC do MACK”, por desde o primeiro semestre da faculdade termos criado essa amizade maravilhosa que, com certeza, será para a vida toda. Vocês foram essenciais nestes cinco anos.

Ao time de Rugby Feminino do Direito Mackenzie, do qual tive o prazer de participar da fundação, em 2017, tenho muito orgulho de ver tudo o que conquistamos e o quanto crescemos. Este esporte me ensinou princípios que levo para a vida, além de me proporcionar viver experiências que vão muito além da sala de aula. Foi um prazer defender essa camisa, tenho certeza de que nós ainda vamos muito longe.

Às minhas amigas do time de Futsal Feminino do Direito Mackenzie, que são minha segunda família. Obrigada por terem me feito sentir parte deste time, por todo amor, acolhimento, risadas, viagens, por compreenderem minha ausência nestes últimos tempos e, principalmente, por todo apoio que me deram, sou extremamente grata por poder dividir a vida com vocês.

Ao meu orientador, Diogo Leonardo Machado de Melo, professor que admiro desde quando tive aulas de Biodireito, no 8º semestre da faculdade. Agradeço por ter aceitado me orientar a partir deste semestre e por ter contribuído tanto para que eu pudesse realizar este trabalho da melhor forma.

ABORTO LEGAL: VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA SEXUAL E A REPERCUSSÃO DA PORTARIA Nº 2.282/20

Michelle Gomes Vieira Gouw

Resumo: O presente trabalho possui como objetivo analisar a perspectiva do aborto legal no Brasil, com enfoque na demonstração da violação dos direitos fundamentais das mulheres vítimas de violência sexual e da repercussão da Portaria n. 2.282/80, bem como na responsabilidade civil médica no Direito Brasileiro. Neste sentido, temos a conceituação doutrinária sobre cada um dos subtemas, a análise do funcionamento dos serviços de acesso ao aborto legal com base em pesquisas científicas e relatos de profissionais que trabalham na área da saúde pública. Ao final, avaliamos os efeitos da Portaria n. 2.282/80 no tocante aos direitos fundamentais e à responsabilidade civil médica.

Palavras-chave: Aborto legal. Direitos fundamentais. Portaria n. 2.282/80. ADF 737. Responsabilidade civil médica.

Abstract: This present study aims to analyze the perspective of legal abortion in Brazil, focusing on the demonstration of the violation of women's fundamental rights as victims of sexual violence and the repercussion of Ordinance No. 2.282/80, as well as medical civil liability in Brazilian Law. In this context, we have the doctrinaire conception about each of the subthemes, the analysis of the functioning of the services of access to legal abortion based on scientific research and reports from professionals working in the public health area. Finally, we assess the effects of Ordinance No. 2.282/80 regarding women's fundamental rights and medical civil liability.

Key words: Legal abortion. Fundamental rights. Ordinance No. 2.282/80. ADF 737. Medical civil liability.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO BRASILEIRO. 2.1. Direitos fundamentais x Direitos humanos. 2.2. Direito à vida. 2.3. Direito à saúde. 2.4. Dignidade da pessoa humana. 3. ABORTO NO DIREITO BRASILEIRO. 3.1. Aspectos do serviço de atendimento ao aborto legal. 4. A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA MULHER. 4.1 ADPF 737. 4.2. Portaria n. 2.282/20. 4.2.1. Contexto histórico. 4.2.2. Das violações decorrentes da Portaria n. 2.282/20. 4.2.2.1. Da obrigatoriedade em comunicar autoridade policial. 4.3. Da violência institucional na atenção à saúde das mulheres vítimas de violência sexual. 5. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NO DIREITO BRASILEIRO. 6. CONCLUSÃO. 7. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem com objeto de estudo o aborto legal no Brasil sob a perspectiva da violação dos direitos fundamentais das mulheres vítimas de violência sexual e a repercussão da recente Portaria n. 2.282/20 do Ministério da Saúde.

Busca-se compreender qual como se dá o acesso a este serviço pelas mulheres, bem como a estrutura oferecida pelo Sistema Único de Saúde, desde a estrutura física dos hospitais, até o preparo dos profissionais de saúde responsáveis pelo seu acolhimento e a quantidade de hospitais que, de fato, prestam serviço de acolhimento às vítimas de violência sexual e serviço de aborto legal.

Neste contexto, faz-se uma análise da Portaria n. 2.282/20 a fim de identificar os direitos fundamentais violados em razão das normas inseridas neste dispositivo legal, bem como demonstrar a importância da ADPF 737 apresentada contra esta Portaria com o intuito da defesa e garantia do direito das mulheres acerca do aborto legal.

Ademais, pretende-se analisar a Portaria n. 2.561/20, a qual revogou a Portaria n. 2.282/20 a fim de entender quais foram as mudanças entre ambas e se há ainda violação aos direitos das mulheres vítimas de violência sexual.

Finalmente, pretende-se explorar a responsabilidade civil médica no Brasil, conceituando-a e analisando a hipótese de o médico dever ou não ser responsabilizado civilmente por eventuais danos causados em razão do cumprimento de normas estabelecidas pelo Ministério da Saúde.

O tema foi escolhido a fim de abordar a temática do aborto sob uma perspectiva diferente da usualmente debatida, qual seja, a descriminalização. Assim, pretende-se entender

qual a realidade do acesso ao aborto em casos em que há a permissão legal para que ele ocorra, bem como se há obstáculos que dificultem a garantia deste direito às mulheres vítimas de violência sexual.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO BRASILEIRO

2.1. Direitos Fundamentais x Direitos Humanos

Os termos “Direitos Humanos” e “Direitos Fundamentais” são utilizados comumente como sinônimos, no entanto, é importante esclarecer qual a diferença entre ambos. No que concerne ao conteúdo não há diferença, tendo em vista que tanto um quanto outro buscam proporcionar a existência digna de toda pessoa, no entanto, há diferença material entre estas expressões.

Os direitos humanos são reconhecidos no plano internacional, através de instrumentos de Direito Internacional Público, como os tratados, declarações, convenções, entre outros, de forma que reconhecem o ser humano como detentor destes direitos independentemente de vinculação às ordens constitucionais de determinado Estado, sendo assim, são válidos universalmente e possuem caráter supranacional.

Já os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos e positivados no plano interno de cada Estado, como no caso do Brasil, na Constituição Federal de 1988.

Sobre isso, explica o professor Enoque Ribeiro dos Santos: “Direitos humanos são aqueles direitos que toda pessoa possui pelo simples fato de ter nascido nesta condição “humana”, configurando-se como gênero, enquanto direitos humanos fundamentais, ou simplesmente “direitos fundamentais” seriam aqueles direitos, espécies do gênero direitos humanos, que em determinado momento histórico, político, cultural e social de um povo, este resolveu positivá-lo no ordenamento jurídico, sobretudo em sua Carta Magna, ou seja, na Constituição Federal.”¹

Neste sentido, no ordenamento jurídico brasileiro, os direitos e garantias fundamentais foram positivados no Título II da Constituição Federal, o qual dispõe acerca dos direitos e deveres individuais e coletivos; dos direitos sociais; da nacionalidade; dos direitos políticos; e dos partidos políticos.

¹ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Internacionalização dos direitos humanos trabalhistas: o advento da dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. LTr: revista legislação do trabalho, São Paulo, v. 72, n. 3, p. 277-284, 2008.

Algumas das principais características destes direitos são: I- historicidade; II- constitucionalização; III- inviolabilidade; IV- inalienabilidade; V- imprescritibilidade; VI- irrenunciabilidade; VII- universalidade; VIII- limitabilidade ou relatividade; e IX- vedação ao retrocesso.

Seguindo adiante, a doutrina aponta três gerações, ou dimensões, de direitos fundamentais: I- direitos individuais; II- direitos sociais; e III- direitos de fraternidade. Contudo, antes de adentrar em cada uma destas gerações/dimensões de direitos, vale trazer um trecho do artigo publicado por Francisco Gilney Bezerra de Carvalho Ferreira, mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina: “As gerações (ou dimensões) dos Direitos Fundamentais foram criadas em 1979 pelo polonês Karel Vasak e difundida pelo italiano Norberto Bobbio. No Brasil, Paulo Bonavides deu publicidade a esta publicação. A teoria das gerações dos direitos está associada ao surgimento e evolução dos Direitos Fundamentais, os quais foram surgindo gradativamente, a partir de fatos históricos relacionados à evolução da teoria constitucional (as dimensões dos direitos estão diretamente associadas às fases do constitucionalismo). Só que uma geração não substitui a geração anterior. O fato de terem surgido direitos de segunda geração não significa que a primeira geração acabou. E assim sucessivamente.”²

Neste sentido, passou-se a questionar se o termo “gerações” seria o mais adequado para fazer referência à evolução dos direitos fundamentais ou se o termo “dimensões” caracterizaria melhor esta evolução.

Pois bem, levando em consideração que, como dito acima por Francisco Gilney Bezerra de Carvalho Ferreira, a evolução dos direitos fundamentais se deu de forma gradativa, como um processo contínuo e cumulativo, a expressão “dimensões” é a mais adequada para ser utilizada, tendo em vista que não transmite a ideia de que uma fase foi encerrada para dar início a outra sem que fosse contemplado o que de direito já havia sido conquistado, pelo contrário, a expressão “dimensões” é interpretada exatamente como períodos históricos de conquistas de direitos que se somaram e resultaram no que, hoje, chamamos de direitos fundamentais.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais surgiu no final do século XVIII e início do século XIX como fruto das grandes revoluções burguesas, quais sejam, a Revolução

² FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. Direitos e garantias fundamentais - já podemos falar em quarta e quinta dimensões?. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3828, 24 dez. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26078>> Acesso em: 09 nov. 2020.

Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789 e representam uma resposta do Estado Liberal ao Estado Absolutista.

Esta dimensão se refere aos direitos de liberdade, os quais abrangem tanto os direitos individuais quanto os políticos. Ademais, foram responsáveis por limitar os poderes do Estado, o qual deve manter uma posição negativa, de abstenção ao invés de prestação, ou seja, de não fazer, não agir, como meio de permitir as liberdades individuais dos cidadãos.

Para melhor entendimento desta dimensão, explica Daniel Sarmento: “Dentro deste paradigma, os direitos fundamentais acabaram concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados”. Eles demarcavam um campo no qual era vedada a interferência estatal, estabelecendo, dessa forma, uma rígida fronteira entre o espaço da sociedade civil e do Estado, entre a esfera privada e a pública, entre o ‘jardim e a praça’. Nesta dicotomia público/privado, a supremacia recaía sobre o segundo elemento do par, o que decorria da afirmação da superioridade do indivíduo sobre o grupo e sobre o Estado. Conforme afirmou Canotilho, no liberalismo clássico, o “homem civil” precederia o ‘homem político’ e o ‘burguês’ estaria antes do ‘cidadão’. (...) No âmbito do Direito Público, vigoravam os direitos fundamentais, erigindo rígidos limites à atuação estatal, com o fito de proteção do indivíduo, enquanto no plano do Direito Privado, que disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade”³.

São exemplos de direitos fundamentais de primeira dimensão o direito à vida, à liberdade, à liberdade de expressão, à liberdade de religião, à vedação à prisão arbitrária, à propriedade, ao voto, à igualdade formal, à manifestação, à reunião, entre diversos outros.

A segunda dimensão dos direitos fundamentais surgiu no início do século XX, tendo como primeiras constituições a estabelecerem a proteção destes direitos a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. Este período marcou a passagem do Estado Liberal para o Estado do Bem-Estar Social (Welfare State).

Esta dimensão se refere aos direitos de igualdade, os quais abrangem tantos os direitos sociais quanto os econômicos e culturais, os quais pretendem melhorar as condições de vida e trabalho dos cidadãos. Além disso, diferentemente da primeira dimensão dos direitos fundamentais que exigiam uma postura de abstenção do Estado, neste momento, são exigidas ações positivas, ou seja, a efetiva atuação do Estado para reduzir as desigualdades existentes e garantir os direitos sociais, econômicos e culturais.

³ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 12-13

Sobre esta dimensão dos direitos fundamentais narra Paulo Bonavides: “(...) são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”.⁴

São exemplos de direitos fundamentais de segunda dimensão aqueles que visam assegurar a igualdade material, como o direito à saúde, à educação, à previdência social, à assistência social, ao salário-mínimo, ao décimo terceiro, férias remuneradas, à habitação, entre outros.

A terceira dimensão dos direitos fundamentais refere-se aos direitos de fraternidade e solidariedade e esteve presente a partir das constituições concebidas após as grandes guerras.

Esta dimensão surgiu em decorrência dos processos de industrialização e urbanização, e é caracterizada pela preocupação em proteger não só os direitos e interesses individuais de um determinado grupo ou Estado, mas os interesses das gerações humanas presentes e futuras.

Em relação a esta dimensão dos direitos fundamentais, Paulo Bonavides afirma: “Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.”⁵

São exemplos de direitos fundamentais de terceira dimensão o direito à paz, ao meio ambiente, ao desenvolvimento, à conservação do patrimônio cultural, ao patrimônio público, à autodeterminação dos povos, entre outros. Estes direitos possuem titularidade difusa ou coletiva, tendo em vista que não visam à proteção do homem singularmente, mas de toda a coletividade ou grupo.

Por fim, atualmente existem autores que defendem a existência de direitos fundamentais de quarta e quinta dimensão, que se referem à direitos relativos à democracia, informação, pluralismo, globalização, futuro e cidadania, bem como à direitos vinculados ao

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 517.

⁵Idem, Ibidem. p. 569.

espaço cibernético e virtual. No entanto, não há na doutrina um consenso acerca deste conteúdo.

2.2. Direito à Vida

O direito à vida é o maior direito fundamental existente, tendo em vista que tutela o bem jurídico mais relevante na ordem constitucional, sem o qual é impossível exercer qualquer outro direito. Este direito foi previsto na primeira dimensão dos direitos fundamentais, e, segundo José Afonso da Silva, compreende o direito de nascer, de permanecer vivo, de defender a própria vida e de não ter o processo vital interrompido senão pela morte espontânea e inevitável.

Neste sentido, explica Paulo Gustavo Branco que: “A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades disposto na Constituição e que esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse”.⁶

Historicamente falando, o direito à vida foi expressamente previsto, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 141, *caput*, da Constituição de 1946, o qual dispunha o seguinte:

Dos Direitos e das Garantias individuais
Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

Anteriormente, nas Constituições de 1824, 1891, 1934 e 1937 o direito à vida não era sequer citado.

Ademais, a Constituição de 1967, seguinte à de 1946, em seu artigo 150, manteve os mesmos direitos previstos no artigo 141 da Constituição de 1946, quais sejam, o direito à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade. Contudo, apenas na Constituição de 1988, o direito à vida foi verdadeiramente priorizado, de forma que foram trazidos princípios que garantissem sua proteção, como o princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo.

⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 5ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p.441.

Este direito está previsto no artigo 5º da atual Constituição, o qual dispõe o que segue:

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

A Constituição Federal de 1988 não estabelece um momento inicial e final de proteção jurídica do direito à vida, no entanto, a legislação civil dispõe que a proteção deste direito se inicia desde a concepção. É o que dispõe o artigo 2º do Código Civil:

Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro⁷.

Desta forma, a legislação civil dispõe que o nascituro já possui diversos direitos, como o direito sucessório, o direito de reconhecimento, entre outros.

Além disso, do direito à vida decorrem vários outros direitos extremamente importantes para todos os cidadãos, como, por exemplo, o direito à integridade física e moral, à alimentação, à educação, ao lazer, enfim, direitos que não só garantam que a pessoa continue viva, mas que proporcionem uma existência digna.

Sobre isso, Rodrigo César Rebello Pinho esclarece: “A pessoa humana deve ser protegida em seus múltiplos aspectos: vida, integridade física, honra e liberdade individual. Não basta garantir um simples direito à vida, mas assegurá-lo com o máximo de dignidade e qualidade na existência do ser humano. A integridade física deve ser entendida como o absoluto respeito à integridade corporal e psíquica de todo e qualquer ser humano.”⁸

Por fim, acerca da responsabilidade do Estado em garantir e proporcionar este direito, Alexandre de Moraes ensina que: “o Estado deverá garantir esse direito à vida a um nível adequado com a condição humana respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e, de uma sociedade livre, justa e solidária garantindo o desenvolvimento nacional e erradicando-se a pobreza e a marginalização, reduzindo, portanto, as desigualdades sociais e regionais.”⁹

⁷ Nascituro é o termo jurídico utilizado para explicitar o ser gerado ou concebido no ventre materno, porém ainda não nascido.

⁸ PINHO, Rodrigo César Rebello. Direito constitucional: teoria geral da constituição e direitos fundamentais 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. – (Coleção sinopses jurídicas; v. 17)

⁹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 8 ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2000. p. 80.

2.3. Direito à Saúde

“O direito à saúde é o direito à vida, pois a inexistência de um leva, inevitavelmente, ao fim da outra”.¹⁰

Disposto na segunda dimensão dos direitos fundamentais, o direito universal e igualitário de acesso à saúde foi previsto apenas na Constituição Federal de 1988, a qual reconheceu a saúde como um direito social, cabendo ao poder público garanti-lo. Antes disso, este era um direito destinado apenas aos trabalhadores e seus dependentes.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Assim, através de um longo processo histórico, marcado por períodos iniciais de repressão e supressão dos direitos individuais, o movimento da reforma sanitária foi responsável por muitas conquistas políticas e sociais que permitissem que uma nova realidade do sistema de saúde fosse iniciada no Brasil. Desta forma, a partir da Constituição Federal, foram estabelecidas bases para a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), o que foi um grande marco no avanço dos direitos sociais no Brasil.

Foi atribuído ao SUS a coordenação e a execução das políticas para promoção da saúde no Brasil. Assim, houve a necessidade da criação de leis específicas da saúde que se destinassem à regulamentação dos procedimentos adequados de funcionamento do SUS, às atribuições de cada órgão, etc.

Neste contexto, foi criada a Lei n. 8.080/90 (Lei Orgânica de Saúde), a qual dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Esta lei, em consonância com a Constituição Federal, em seu artigo 2º, reafirma a saúde como um direito fundamental, bem como o dever do Estado em garanti-lo. Ainda, no *parágrafo único* do artigo 3º, adota o mesmo conceito de saúde da Organização Mundial da Saúde, o qual estabelece que

¹⁰ PARANHOS, Vinícius Lucas. Efetividade dos provimentos judiciais na garantia do direito à saúde: Estudo sobre as decisões inaudita altera parte no fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado. v.2. n.1. Belo Horizonte: Meritum, 2007. p. 156.

a saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças. Vejamos:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Neste sentido, temos que a saúde é “um dos principais componentes da vida, seja como pressuposto indispensável para sua existência, seja como elemento agregado à sua qualidade. Assim, a saúde se conecta ao direito à vida”.¹¹

Foi criada também a Lei n. 8.142/90, a qual dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências, bem como normas infralegais como decretos, regulamentos e portarias, os quais devem respeitar e estar em perfeita consonância com o disposto na Constituição Federal.

Assim, tendo em vista que o Estado é o responsável pela garantia do direito à saúde, devendo regulamentar, fiscalizar e controlar as ações e serviços de saúde, pode-se afirmar que a criação e implementação do SUS foi a maneira que o Poder Público encontrou para buscar efetivar este direito no Brasil.

2.4. Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, trouxe os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. Vejamos:

¹¹ SCHWARTZ, Germano. Direito à saúde: Efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 52.

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

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Sem dúvidas, um dos mais importantes princípios previstos neste dispositivo é a dignidade da pessoa humana, pela qual deve-se interpretar que os direitos fundamentais de todo ser humano devem ser respeitados, bem como que devem ser asseguradas condições dignas de existência para todos.

A importância da dignidade da pessoa humana mostrou-se principalmente no período pós Segunda Guerra Mundial, em que as nações buscavam proteger e assegurar os direitos humanos e fundamentais dos cidadãos.

Em decorrência disto, foi criada a ONU em 1945, bem como foi aprovada em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem. A partir deste momento, a dignidade passou a ser vista como um valor supremo, base de todo ordenamento jurídico.

O princípio da dignidade da pessoa humana nasce como uma forma de proteger os cidadãos, garantindo-lhes uma vida digna e o respeito recíproco, e é considerada uma conquista para este momento histórico.

Sobre este princípio, ensina Ingo Wolfgang Sarlet que: “é inerente aos homens, inata a sua natureza de ser humano, é direito constitucional, sua aplicação e eficácia são imediatas, não pode ser alienada, não sofre prescrição, é bem fora do comércio, e a partir da Constituição Federal de 88 torna-se cláusula pétrea. Observa-se que ela é irrenunciável, inalienável, e deve ser reconhecida, promovida e protegida, não podendo, contudo, ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente”.¹²

A dignidade da pessoa humana é um princípio de tamanha importância, que subordina todos os demais princípios do ordenamento jurídico ao seu cumprimento, tendo em vista que reconhece e protege os direitos fundamentais. Sendo assim, podemos dizer que negar a o reconhecimento dos direitos fundamentais aos cidadãos é o mesmo que negar a eles dignidade.

De acordo com o entendimento do professor Daniel Sarmento, o princípio da dignidade da pessoa humana tem como conteúdo essencial:

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988. Porto Alegre: 2001. p.26.

- a. O valor intrínseco da pessoa, portanto, todas as pessoas têm direito à dignidade.
- b. A autonomia, ou seja, cada pessoa pode definir o que é mais intrínseco a sua dignidade, como por exemplo, a escolha de uma religião.
- c. O mínimo existencial, que se refere ao conjunto dos direitos fundamentais sociais mínimos para se garantir a dignidade humana, como por exemplo, o direito à educação, à saúde, a alimentação, a moradia, entre outros.
- d. O reconhecimento da existência da dignidade e de todas as identidades étnicas, religiosas, sexuais, etc.

Ainda no entendimento do professor Daniel Sarmento, este princípio exerce as seguintes funções: fator de legitimação do Estado e do Direito, norte para a hermenêutica jurídica, diretriz para a ponderação entre interesses colidentes, fator de limitação de direitos fundamentais, parâmetro para o controle de validade de atos estatais e particulares, critério para identificação de direitos fundamentais e fonte de direitos não enumerados.

Por fim, podemos chegar à conclusão de que a grande finalidade do princípio da dignidade da pessoa humana é garantir o bem-estar do homem, assegurando o mínimo razoável para que sua existência seja digna e combatendo as desigualdades sociais.

3. ABORTO NO DIREITO BRASILEIRO

O aborto no ordenamento jurídico brasileiro, em conformidade com os artigos 124 a 127 do Código Penal é tipificado como crime. Vejamos:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: (Vide ADPF 54)

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: (Vide ADPF 54)

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Este é um crime comum, portanto pode ser praticado por qualquer pessoa que, por ação ou omissão, com dolo, realiza o aborto.

Apesar disso, há três hipóteses previstas na lei que autorizam a realização do aborto, ou, em outras palavras, que não o tipificam como crime. São elas: I- aborto necessário, em caso de risco de vida da gestante; II- aborto no caso de gravidez resultante de estupro; III- aborto de feto anencéfalo. Nestes casos, temos o chamado aborto legal.

As duas primeiras hipóteses de aborto permitido no direito brasileiro estão previstas no artigo 128 do Código Penal.

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

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

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

A terceira hipótese foi garantida no julgamento da ADPF/54, na qual foi julgado procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

Como exposto, as duas primeiras hipóteses em que foi permitido o aborto, quais sejam, o risco de vida à mulher e a gravidez resultante de estupro, foram previstas no Código Penal de 1940. A partir deste momento, surgiram os primeiros centros de atenção ao abortamento, no entanto, eram privados e tinham um custo alto, de forma que as minorias não tinham acesso a este serviço.

Foi apenas no ano de 1986 que o Estado, visando assegurar este serviço à toda população, implantou o Programa Público de Interrupção da Gestação. Posteriormente, em 1999, o Ministério da Saúde editou a Norma Técnica de Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes, com o intuito de regulamentar o serviço de aborto legal no Brasil.

Desde a década de 90, tanto a Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia (Febrasgo) como o Ministério da Saúde vêm buscando formas de garantir o serviço e acesso ao aborto legal, como por exemplo por meio da edição da Norma Técnica de Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes, bem como da Norma Técnica de Atenção Humanizada ao Abortamento. Contudo, a realidade é que, apesar de previsto desde 1940 as primeiras hipóteses em que o aborto legal é permitido no Brasil, há atualmente apenas 42 hospitais que realizam este serviço no Brasil.

Além deste número ser baixo, revelando-se insuficiente para abranger a demanda existente, há ainda a questão da divulgação precária acerca da existência deste serviço e dos locais em que as mulheres podem procurar por eles, já que o Ministério da Saúde não divulga a lista de serviços de saúde que realizam o aborto legal, dificultando ainda mais o acesso das mulheres.

Deve-se levar em conta, ainda, que o Ministério da Saúde determinou que toda unidade de saúde que possua serviço de obstetrícia tem por obrigação oferecer o procedimento de aborto legal, bem como o PL20/91 dispôs sobre a obrigatoriedade deste atendimento na rede do SUS. Mesmo assim, a quantidade de unidades de saúde que prestam este serviço ainda é muito pequena e insuficiente.

Em relação ao número de hospitais que realizam o serviço de aborto legal no Brasil atualmente, importa esclarecer que chegou-se neste número com base no Mapa de Aborto Legal ¹³, o qual se refere a uma pesquisa de iniciativa do ARTIGO 19, uma organização não-governamental de direitos humanos, que tem como objetivo a defesa e promoção do acesso à informação.

Esta pesquisa foi realizada a partir de duas listas divulgadas pelo Ministério da Saúde, quais sejam: I- Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES), do SUS, na qual constam os hospitais que declaram como prestadores de serviço de atenção às vítimas de violência sexual, bem como atenção ao serviço de abortamento legal; II- Abortos Legais por Estabelecimento (CID 004), a qual foi solicitada diretamente ao Ministério da Saúde com base na Lei n. 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), na qual foram selecionados os hospitais que realizaram, ao menos, 2 abortos legais no ano.

Com base nestas duas listas, chegou-se ao número de 176 hospitais que, em tese, de acordo com as informações divulgadas pelo Ministério da Saúde, prestavam o serviço de aborto legal. Contudo, para confirmar esta informação, foi feito contato telefônico com estes 176 hospitais, no qual uma das pesquisadoras se identificava como vítima de violência sexual na busca pelo serviço de aborto legal e, desta forma, chegou-se ao número de apenas 76 hospitais que, de fato, disponibilizavam este atendimento.

Finalmente, em maio de 2020, considerando o cenário da pandemia da Covid-19, em parceria com a revista AzMina e a Gênero e Número, este dado foi atualizado, caindo para o número de apenas 42 hospitais.

¹³ARTIGO 19. Mapa Aborto Legal. 2020. Disponível em: <<https://mapaabortolegal.org/sobre-o-mapa/>> Acesso em: 17.mai.2021.

Ainda, em uma pesquisa científica publicada em 2016, acerca dos serviços de aborto legal no Brasil, foram coletados os seguintes dados:

Em um estudo recentemente realizado, que abarca 68 serviços que atuam na atenção ao abortamento no Brasil, considerando 60 listados pelo Ministério da Saúde e acrescentados oito por meio de checagem com as Secretarias Estaduais da Saúde, foram obtidos os dados de que apenas 37 destas unidades de saúde informavam que realizam aborto previsto em lei, e em sete estados esses serviços não se encontravam regularmente ativos, os quais solicitavam, em número de 14%, 8% e 8%, respectivamente, como rotina de serviço, o boletim de ocorrência, o laudo de perícia e o alvará judicial para a realização do procedimento.¹⁴

Assim, entende-se que há discrepâncias entre as normas e políticas públicas de saúde da mulher frente ao abortamento legal e o que acontece na realidade. Isto pois, há uma quantidade insuficiente de serviços, falta capacitação dos profissionais que, muitas vezes não tem conhecimento sobre as normas e, por exemplo, exigem o boletim de ocorrência para realizar o abortamento, sendo que não é necessária tanto a apresentação deste documento como do exame de corpo de delito, tendo em vista que há presunção de veracidade da informação dada pela melhor.

É claro que não há apenas críticas a serem feitas, já houve alguns avanços nas políticas de atenção ao abortamento no Brasil, como por exemplo, por meio da edição das normas técnicas que regulamentam este serviço. A grande questão é que falta fiscalização para garantir a aplicação destas normas e da capacitação das equipes multiprofissionais que atuam nesta área.

Neste cenário, resta claro que a luta pelos direitos sexuais e reprodutivos, bem como pela autonomia da mulher, apesar de ter tido alguns avanços desde 1940, ainda têm um grande caminho a percorrer.

3.1. Aspectos do Serviço de Atendimento ao Aborto Legal

Os serviços de aborto legal são as unidades de referência do Sistema Único de Saúde (SUS) para acolhimento de mulheres que, vítimas de violência sexual, engravidam. Estes serviços levam o nome de unidades de referência em razão de serem reconhecidos institucionalmente como unidades de saúde aptas ao cumprimento das normas técnicas do Ministério da Saúde no que tange ao atendimento das mulheres vítimas de violência sexual.

¹⁴ MADEIRO, A. P.; DINIZ, D. Serviços de aborto legal no Brasil – um estudo nacional. *Ciência & Saúde Coletiva*, 21(2), p. 563-572,2016.

Estas normas técnicas são uma espécie de orientação aos gestores, diretores e profissionais de saúde no geral, e visam um melhor e mais humanizado a estas mulheres, estabelecendo desde a forma como devem ser acolhidas até os procedimentos que devem ser realizados.

Estas orientações devem ser de conhecimento de toda a equipe que presta serviço de aborto legal, a qual deve ser multidisciplinar, portanto, formada por médico, ginecologista obstetra, enfermeiro, psicólogo e assistente social. Ademais, é de extrema importância que as equipes sejam formadas neste panorama, tendo em vista que se busca o acolhimento integral e defesa da saúde da mulher em todos os aspectos, físico, moral e emocional.

Ademais, importa ressaltar que o acesso das mulheres vítimas de violência sexual aos serviços de aborto legal prescinde da apresentação de boletim de ocorrência, laudo médico ou autorização judicial, o único documento necessário é o termo de consentimento escrito, no qual a mulher declara expressamente seu desejo em realizar o aborto e autoriza a equipe médica em fazê-lo.

Não obstante, é dever ético e legal de toda a equipe responsável o sigilo profissional, de forma que sejam garantidos os direitos à privacidade, intimidade e à saúde da mulher. Neste sentido, é vedado os profissionais divulgarem quaisquer informações acerca do ocorrido pela mulher que busca acolhimento nos serviços de saúde.

Em relação às orientações sobre a forma como devem atender estas mulheres, é estabelecida a adoção de atenção humanizada desde o início de seu acolhimento. Sendo assim, respeitando a sua intimidade, quando é feita entrevista da mulher na qual é relatada a situação de violência vivenciada, esta deve ser feita em um local em que haja privacidade, sem que haja outras pessoas por perto, de forma evite causar constrangimento e intimidação.

A partir do momento em que a mulher começa o seu relato, deve ser ouvida de forma respeitosa, sem julgamento de qualquer ordem. Em seguida, deve ser informada e orientada acerca dos métodos de interrupção de gravidez, bem como sobre qual é mais recomendado em cada caso e todas as demais informações relativas ao procedimento do aborto, como possíveis efeitos secundários, cuidados que devem ser adotados, entre outros.

Outra questão importante a ser levada em consideração é em relação à formação das equipes multidisciplinares que serão responsáveis pelo acolhimento das mulheres, tendo em vista que alguns aspectos como os valores religiosos e morais dos profissionais devem ser considerados para que seja garantido atendimento integral da mulher. Isto pois, não faria sentido, por exemplo, um profissional declaradamente contra o aborto fazer parte da equipe de atendimento a este serviço.

Na prática, se os serviços públicos de saúde realmente prestassem o atendimento às mulheres vítimas de violência sexual, bem como garantissem o acesso ao aborto legal, principalmente nas unidades de referência do Sistema Único de Saúde, como é disposto na teoria, com a existência de equipes multidisciplinares, que se portam com integral respeito aos direitos das mulheres, se não faltassem medicamentos, estrutura física, falta de treinamento dos profissionais, etc., a realidade seria outra, no entanto, a verdade é que há muitos obstáculos entre a teoria e a prática, como será melhor explicitado adiante.

4. A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA MULHER

4.1. ADPF 737

Como exposto, a luta para que fosse garantido o direito ao aborto legal no Brasil já possui avanços, no entanto, há ainda muitas barreiras a serem superadas.

Recentemente, em 28 de agosto de 2020 foi publicada Portaria nº 2.282 do Ministério da Saúde, a qual previu novas obrigações para o aborto legal nas unidades do SUS.

Logo no artigo 1º foi disposto que os profissionais da saúde estão obrigados a notificar a autoridade policial nas hipóteses em que acolherem paciente de casos em que houver indícios ou confirmação do crime de estupro. Ainda, o *parágrafo único* estabelece que possíveis evidências materiais do crime devem ser entregues à autoridade policial.

Foi também instituído nesta portaria que é obrigatório informar a mulher acerca da possibilidade de visualização do feto ou embrião por meio de ultrassonografia, devendo, em caso positivo, expressar documentalmente sua concordância.

Por fim, dispõe acerca do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, por meio do qual será informado a mulher os riscos da realização do aborto.

Contudo, alguns partidos políticos (PT, PCdoB, PSB, PSOL e PDT) ajuizaram, em 3 de setembro de 2020, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 737 defendendo, com total razão, que estas regras estariam violando direitos fundamentais, como a saúde, a inviolabilidade da vida, a garantia à intimidade, a dignidade da pessoa humana, a vedação ao tratamento cruel, desumano e degradante, entre outros. Alegam, ainda, que haveria um superdimensionamento proposital dos riscos do procedimento do aborto com a intenção de intimidar e desinformar as vítimas.

Neste sentido, foi requerido em caráter liminar a suspensão da eficácia do inteiro teor desta Portaria, ou, subsidiariamente, dos arts. 1º e 8º, bem como do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido – Anexo V. Assim, o julgamento desta liminar foi incluído em pauta para sessão virtual entre 25 de setembro e 2 de outubro de 2020.

O Ministério da Saúde, contudo, se manteve inerte até a véspera do julgamento, publicando no dia 24 de setembro de 2020, a Portaria n. 2.561/20 e, conseqüentemente, revogando a anterior. Diante disto, a ADPF 737 foi tirada da pauta de julgamento e os autores intimados a se manifestarem.

Esta nova Portaria excluiu o disposto no art. 8º, o qual tratava sobre a obrigatoriedade da equipe médica em informar a mulher acerca da possibilidade da realização da ultrassonografia, bem como excluiu o trecho do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido que trazia informações incompletas acerca dos riscos à mulher em razão do aborto. No entanto, não excluiu o disposto no art. 1º, mantendo a obrigatoriedade de o profissional da saúde notificar autoridade policial nos casos de indícios ou confirmação do crime de estupro.

Aguarda-se, no momento, o julgamento desta ADPF e espera-se que seja julgada procedente, declarando inconstitucional o art. 7º da Portaria n. 2.561/20, tendo em vista ser um desserviço para a garantia dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher no tocante ao acesso ao aborto legal, isto pois, é fato que as mulheres já sofrem diversos danos, como os físicos, psicológicos e emocionais, motivo pelo qual têm medo e receio do julgamento da sociedade, além de passarem por um verdadeiro embate interno para efetivamente decidirem pela realização do aborto legal, e submetem-las a uma investigação criminal, contra sua vontade, após passarem por um momento de profundo abalo ao sofrerem uma violação sexual que resultou em gravidez é uma afronta ao direito à autonomia, à confidencialidade, à privacidade, à intimidade, à saúde, à dignidade, entre muitos outros.

4.2. Portaria n. 2.282/20

4.2.1. Contexto Histórico

Já tendo sido brevemente introduzido o teor desta Portaria no tópico acima, passa-se agora a analisar o contexto em que foi editada.

Pois bem. Em agosto de 2020 tomou repercussão nacional o caso da menina de 10 anos que, vítima de estupro, engravidou do próprio tio, em São Mateus, no Espírito Santo.¹⁵ Além desta violência sofrida, a menina ainda teve diversos direitos violados ao procurar pelo serviço de aborto legal.

A menina, juntamente com sua avó, sua representante legal, procurou o Hospital Universitário Cassiano Antônio Moraes (HUCAM), com autorização judicial para realização do aborto (mesmo a autorização não sendo necessária), no entanto, teve seu direito violado pela instituição sob o argumento de que, pela idade gestacional, o procedimento não poderia ser realizado.

Em decorrência disto, a menina foi dirigida para o Estado do Recife, onde poderia finalmente realizar o aborto. Neste tempo, teve mais um direito violado ao ter seus dados pessoais divulgados publicamente nas redes sociais, bem como o hospital em que seria realizado o aborto, qual seja, o Centro Integrado de Saúde Amaury de Medeiros – CISAM.

Na frente deste hospital, diversas pessoas protestaram contra a interrupção da gravidez da menina de 10 anos, inclusive proferindo ofensas ao médico responsável pela realização do procedimento.

Neste lamentável contexto, caracterizado pelas inúmeras violações ao direito da menina de 10 anos e que ocorrem com muitas mulheres que procuram o serviço de aborto legal no Brasil, esta Portaria n. 2.282/20 foi editada, criando ainda mais obstáculos e dificuldades para a garantia e efetivação dos direitos das mulheres vítimas de violência sexual.

4.2.2. Dos Direitos Violados pela Portaria n. 2.282/20 e Portaria n. 2.561/20

Apesar de a Portaria n. 2.282/20 ter sido revogada a partir da publicação, em 24 de setembro de 2020, da Portaria nº 2.561, faz-se necessária a análise dos direitos violados em decorrência da edição desta primeira, a fim de entender a importância da ADPF 737 na defesa dos direitos das mulheres.

A criação de obstáculos oriundos desta Portaria é uma clara demonstração de violação ao acesso das mulheres aos serviços de aborto legal no Brasil, o que, por consequência,

¹⁵ Exame de DNA confirma que tio estuprou e engravidou menina de 10 anos no ES. Disponível em: <<https://g1.globo.com/es/espírito-santo/noticia/2020/08/28/exame-de-dna-confirma-que-tio-estuprou-e-engravidou-menina-de-10-anos-no-es.ghtml>> Acesso em: 10.mai.2021.

resulta na violação de diversos outros direitos, como os reprodutivos e sexuais, à saúde, à dignidade, entre outros.

O direito à saúde, pautado pelo princípio da dignidade da pessoa humana está entres os maiores direitos fundamentais conferidos ao ser humano, tendo em vista que é necessária a observância do direito à saúde para que haja uma existência digna, o que inclui também, a observância dos direitos sexuais e reprodutivos. Contudo, negar acesso ao aborto legal para mulheres vítimas de violência sexual, recusando a realização deste procedimento, bem como criando ainda mais barreiras para o seu exercício é sinônimo de violação de todos estes direitos, bem como configura a prática de tortura e/ou tratamento cruel, desumano ou degradante e é, exatamente, um dos impactos que esta Portaria causa.

A Portaria n. 2.282/20, no artigo 8º, estabelece a obrigatoriedade de informar a mulher acerca da possibilidade de visualização do feto ou embrião por ultrassonografia. Vejamos:

Art. 8º Na segunda fase procedimental, descrita no art. 4º desta Portaria, a equipe médica deverá informar acerca da possibilidade de visualização do feto ou embrião por meio de ultrassonografia, caso a gestante deseje, e essa deverá proferir expressamente sua concordância, de forma documentada.

Sem que haja reflexão sobre esta disposição, pode ser que não aparente haver qualquer violação aos direitos da mulher. Contudo, deve-se observar que a imposição de informar acerca da ultrassonografia pode causar na mulher mais sofrimento com a visualização do feto ou embrião, bem como pode causar dúvidas nesta mulher acerca da realização ou não do aborto, o que pode ser utilizado como estratégia de coação de meninas e mulheres a não realizarem o aborto.¹⁶

Ademais, a realização de ultrassonografia não é prática necessária para realização do aborto legal, motivo pelo qual não é necessário tornar obrigatória a informação sobre sua realização para a mulher, o que pode evitar causá-la ainda mais dor e sofrimento. Contudo, importa ressaltar que esta não é uma crítica à realização da ultrassonografia, a qual deve ocorrer quando a mulher desejar, a crítica é, apenas, acerca da obrigatoriedade em propor sua

¹⁶ COE, Cynthia; ALTMAN, Matthew. Mandatory Ultrasound Laws and the Coercive Use of Informed Consent. Society for Philosophy and Technology Quarterly Electronic Journal, 2012. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/271240150_Mandatory_Ultrasound_Laws_and_the_Coercive_Use_of_Informed_Consent> Acesso em: 10.mai.2021.

KIMPORT, Katrina; JOHNS, Nicole E.; UPADHYAY, Ushma D. Coercing Women's Behavior: How a Mandatory Viewing Law Changes Patients' Preabortion Ultrasound Viewing Practices. J Health Polit Policy Law, 2018. Disponível em: <<https://read.dukeupress.edu/jhpl/articleabstract/43/6/941/135372/Coercing-Women-s-Behavior-How-a-Mandatory-Viewing>> 10.mai.2021.

realização à mulher tendo em vista os impactos psicológicos que podem ser causados em razão da visualização do feto.

Em continuidade, acerca do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, o artigo 6º da Portaria n. 2.282/20 institui que:

Art. 6º A quarta fase se encerra com o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, que obedecerá aos seguintes requisitos:

I - o esclarecimento à mulher deve ser realizado em linguagem acessível, especialmente sobre:

a) os desconfortos e riscos possíveis à sua saúde;

Sobre este dispositivo, deve-se fazer uma análise do direito à informação relacionado aos direitos reprodutivos e sexuais. Este tema foi discutido na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, ocorrida em 1994, no Cairo, bem como na Conferência Mundial Sobre a Mulher, ocorrida em 1995, em Pequim, nas quais foi entendido o seguinte:

Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – Cairo, 1994

7.2 A saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simples a ausência de doença ou enfermidade, em todas as matérias concernentes ao sistema reprodutivo e a suas funções e processos. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tenha a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando, e quantas vezes o deve fazer. Implícito nesta última condição está o **direito de homens e mulheres de serem informados e de ter acesso a métodos eficientes, seguros, permissíveis e aceitáveis de planejamento familiar de sua escolha, assim como outros métodos, de sua escolha, de controle da fecundidade que não sejam contrários à lei**, e o direito de acesso a serviços apropriados de saúde que dêem à mulher condições de passar, com segurança, pela gestação e pelo parto e proporcionem aos casais a melhor chance de ter um filho sadio. [...] 7.3 [...] **A saúde reprodutiva é motivo de frustração de diversos povos do mundo por causa de fatores tais como: níveis inadequados de conhecimento da sexualidade humana e informação e serviços inadequados ou de pouca qualidade na área da saúde reprodutiva;**

[...].

IV Conferência Mundial Sobre a Mulher – Pequim, 1995

94. A saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, em todos os aspectos relacionados com o sistema reprodutivo e suas funções e processos, e não a mera ausência de enfermidade ou doença. A saúde reprodutiva implica, assim, a capacidade de desfrutar de uma vida sexual satisfatória e sem risco, a capacidade de procriar e a liberdade para decidir fazê-lo ou não fazê-lo, quando e com que frequência. **Essa última condição implica o direito para o homem e a mulher de obter informação sobre métodos seguros, eficientes e exequíveis de planejamento familiar e de ter acesso aos de sua escolha, assim como a outros métodos por eles escolhidos para regularização da fertilidade, que não estejam legalmente proibidos**, e o direito de acesso a serviços apropriados de atendimento à saúde que permitam às mulheres o acompanhamento seguro durante a gravidez, bem como partos sem riscos, e dêem aos casais as melhores possibilidades de terem filhos sãos. [...].

[...]

97. [...] A maioria dos óbitos, problemas de saúde e lesões podem ser evitados, mediante a melhoria do acesso a serviços adequados de atendimento à saúde, métodos de planejamento familiar eficazes e sem riscos e atenção obstétrica de

emergência, que reconheçam o **direito de mulheres e homens à informação e ao acesso a métodos seguros, eficazes, exequíveis e aceitáveis de planejamento familiar, assim como a outros métodos lícitos que decidam adotar para o controle da fecundidade e o acesso a serviços adequados de atendimento à saúde**, propícios a que a gravidez e o parto transcorram em condições de segurança e ofereçam aos casais as maiores possibilidades de ter um filho são.
[...].

Ademais, a Organização Mundial da Saúde (OMS) ao tratar sobre o aborto seguro também tratou sobre o direito ao acesso à informação no tocante ao respeito e defesa dos direitos sexuais e reprodutivos e, conseqüentemente, do direito à saúde, estabelecendo o que segue:¹⁷

Cuidados prévios ao abortamento: **Informações claras, completas e de forma acessível devem ser oferecidas para a mulher. Elas devem ser esclarecidas sobre os procedimentos técnicos que serão adotados e o que esperar durante e após o abortamento, para ajudá-las a tomar uma decisão informada.** Também é necessário oferecer orientação sobre o uso de métodos contraceptivos posteriores ao abortamento.

[...]

A rede de serviços sempre deve incluir, no mínimo:

- **informação médica precisa sobre o abortamento de forma que a mulher possa entender e lembrar, bem como aconselhamento não tendencioso, se a mulher assim o solicitar, para facilitar a tomada de decisão informada;**

[...]

4.2.2 Barreiras legais, reguladoras ou administrativas para o acesso ao abortamento seguro no contexto dos direitos humanos. [...]Exemplos de barreiras: [...] **censurar, ocultar ou distorcer intencionalmente as informações ligadas à saúde;** [...]

[...]

Contudo, o que se depreende do Art. 6º desta Portaria não é o respeito e garantia ao acesso à informação nos moldes expostos acima, na realidade, ocorre o oposto disto. Isto pois, foi inserido no Anexo V, que trata do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, informações sobre os riscos na realização do abortamento legal de forma incompleta, ou seja, não dispõe à mulher uma informação clara e precisa sobre estes riscos, tendo em vista que não estão presentes as taxas de incidência de cada um dos riscos à mulher que foram informados no Termo de Consentimento Livre Esclarecido, o qual apenas expôs o seguinte:

Faz-se necessário trazer o detalhamento dos riscos da realização da intervenção por abortamento previsto em lei:

a) Abortamento medicamentoso, antes das 14 semanas de gravidez, os principais riscos do aborto medicamentoso são:

¹⁷ OMS - ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Abortamento seguro: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde – 2ª ed. 2013. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/70914/9789248548437_por.pdf?sequence=7> Acesso em: 10.mai.2021.

- Necessidade de outro procedimento para remover partes da gravidez que permaneceram no útero;

- Complicações graves, como sangramento intenso, danos ao útero ou sepse;

b) A partir das 14 semanas de gravidez, os principais riscos do aborto medicamentoso são:

- Necessidade de outro procedimento para remover partes da gravidez que permaneceram no útero;

- Infecção ou lesão no útero;

c) Aborto cirúrgico - Antes das 14 semanas de gravidez, os principais riscos do aborto cirúrgico são:

- Necessidade de outro procedimento para remover partes da gravidez que permaneceram no útero;

- Complicações graves, como sangramento intenso, danos ao útero ou sepse;

d) Após 14 semanas de gravidez, os principais riscos de aborto cirúrgico são:

- Necessidade de outro procedimento para remover partes da gravidez que permaneceram no útero;

- Sangramento muito intenso;

- Infecção;

- Lesão no útero ou entrada no útero (colo do útero);

Declaro estar esclarecida acerca do risco de morte conforme a idade gestacional em que me encontro¹⁸.

Conforme consta no final do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, os riscos apontados têm como base os protocolos da Organização Mundial da Saúde, contudo, a grande diferença é que nas informações divulgadas pela OMS há, também, as taxas de incidência dos riscos apontados, quais sejam:

a) Abortamento medicamentoso, antes das 14 semanas de gravidez, os principais riscos do aborto medicamentoso são:

- Necessidade de outro procedimento para remover partes da gravidez que permaneceram no útero: isso acontece com cerca de 70 em cada 1.000 mulheres

- Complicações graves, como sangramento intenso, danos ao útero ou sepse: isso acontece com cerca de 1 em cada 1.000 mulheres

b) A partir das 14 semanas de gravidez, os principais riscos do aborto medicamentoso são:

- Necessidade de outro procedimento para remover partes da gravidez que permaneceram no útero: cerca de 13 em cada 100 mulheres

- Infecção ou lesão no útero: isso acontece com um pequeno número de mulheres

¹⁸ Os riscos apontados têm como base os protocolos da Organização Mundial de Saúde - OMS (Abortamento seguro: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde - 2ª ed. 1. Aborto induzido. 2.Cuidado pré-natal. 3.Bem-estar materno. 4.Política de saúde. 5.Guia - ISBN 978 92 4 854843 7), bem como do National Health Service – NHS. Disponível em: <<https://www.nhs.uk/conditions/abortion/risks/>>. Acesso em: 10.mai.2021.

c) Aborto cirúrgico - Antes das 14 semanas de gravidez, os principais riscos do aborto cirúrgico são:

- Necessidade de outro procedimento para remover partes da gravidez que permaneceram no útero: isso acontece com cerca de 35 em cada 1.000 mulheres
- Complicações graves, como sangramento intenso, danos ao útero ou sepse: isso acontece com cerca de 1 em cada 1.000 mulheres

d) Após 14 semanas de gravidez, os principais riscos de aborto cirúrgico são:

- Necessidade de outro procedimento para remover partes da gravidez que permaneceram no útero: cerca de 3 em cada 100 mulheres
- Sangramento muito intenso: entre 1 e 10 a cada 100 mulheres
- Infecção: isso acontece com um pequeno número de mulheres
- Lesão no útero ou entrada no útero (colo do útero): isso acontece com um pequeno número de mulheres

Portanto, é possível notar que estes riscos apontados possuem uma baixa taxa de incidência nas mulheres que realizam o aborto seguro. Esta é uma informação de extrema importância para conhecimento das mulheres que buscam por este tipo de atendimento, tendo em vista que ao se divulgar a informação de forma incompleta, como é feito no Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, pode levar à mulher à erro, pode desencorajá-la e, inclusive, pode ser utilizada como uma forma indireta de persuadi-la a não realizar o aborto.

No entanto, se a informação fosse devidamente fornecida isso não aconteceria, pois, a mulher notaria que os casos em que estes riscos ou desconfortos, de fato, ocorrem são minoria.

Neste sentido, resta claro que a divulgação destas informações de forma imprecisa violava a livre convicção da mulher, sua autonomia, bem como seu direito fundamental à saúde.

4.2.2.1. Da Obrigatoriedade em Comunicar Autoridade Policial

Foi reservado um tópico separado para tratar sobre esta questão em razão de ser o único dispositivo da Portaria n. 2.282/20 impugnado pela ADPF 737 e que se manteve na Portaria n. 2.561/20.

A este respeito, o artigo 1º da Portaria n. 2.282/20 estabeleceu o seguinte:

Art. 1º É obrigatória a notificação à autoridade policial pelo médico, demais profissionais de saúde ou responsáveis pelo estabelecimento de saúde que acolheram a paciente dos casos em que houver indícios ou confirmação do crime de estupro.

Parágrafo único. Os profissionais mencionados no caput deverão preservar possíveis evidências materiais do crime de estupro a serem entregues imediatamente à

autoridade policial, tais como fragmentos de embrião ou feto com vistas à realização de confrontos genéticos que poderão levar à identificação do respectivo autor do crime, nos termos da Lei Federal nº 12.654, de 2012.

Posteriormente, no art. 7º da Portaria n. 2.561/20, em vigência, o mesmo entendimento foi mantido:

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

I - Comunicar o fato à autoridade policial responsável;

II - Preservar possíveis evidências materiais do crime de estupro a serem entregues imediatamente à autoridade policial ou aos peritos oficiais, tais como fragmentos de embrião ou feto com vistas à realização de confrontos genéticos que poderão levar à identificação do respectivo autor do crime, nos termos da Lei Federal nº 12.654, de 2012.

De acordo com estes dispositivos, torna-se obrigatória a comunicação à autoridade policial acerca de indícios ou confirmação do crime de estupro.

Deve-se ter em mente, primeiramente, que ao procurar pelo serviço médico após ser vítima de violência sexual, a mulher busca e deve ser atendida de forma humanizada e acolhedora, com cuidado e tratamento adequados, bem como procedimentos que visem à atenção integral à saúde física e mental, não um ambiente de investigação criminal.

Sendo assim, impor esta obrigação aos profissionais de saúde acaba por criar obstáculos no acesso das mulheres ao serviço de aborto legal, tendo em vista que estas serão, necessariamente, submetidas a investigação criminal, o que, em muitos casos, afasta a mulher que deseja realizar este procedimento, no entanto, não quer passar por uma investigação ou até mesmo porque não deseja ter seu caso exposto.

Sobre isso, foi conceituado na Recomendação Geral nº 24 do CEDAW¹⁹ que a falta de respeito pela confidencialidade “poderá dissuadir as mulheres de procurarem aconselhamento e tratamento e por conseguinte, afectar negativamente a sua saúde e bem-estar. Por esta razão, as mulheres estão menos dispostas a procurarem cuidados médicos para tratamento de

¹⁹ CEDAW (Comissão sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres). Recomendação Geral Nº 24: Artigo 12º. (As Mulheres e a Saúde). 20º sessão. 1999. Disponível em: <https://apublica.org/wp-content/uploads/2018/08/CEDAW_RG_24.pdf> Acesso em: 05.mai.2021.

doenças do trato genital, para a contracepção ou para os abortos incompletos e em casos em que tenham sofrido violência física e sexual”.

Ademais, a OMS ²⁰ fala sobre a necessidade de acolher a mulher vítima de violência sexual com atenção especial e sensibilidade, além de tratar sobre as normas e padrões acerca do aborto legal, os quais não podem impor a necessidade de procedimentos judiciais às vítimas:

3.3.5.5 Necessidades especiais no caso de mulheres vítimas de estupro

As mulheres grávidas em decorrência de estupro precisam ser tratadas com especial sensibilidade, e todos os níveis do sistema de saúde devem estar capacitados para oferecer atendimento e apoio emocional apropriados. As normas e padrões para realizar o abortamento nesses casos devem estar elaborados, devendo os provedores de saúde e os policiais receber treinamento apropriado. Estes padrões não devem impor procedimentos administrativos nem judiciais desnecessários, tais como obrigar a mulher a denunciar ou a identificar o esturador. [...].
[...]

A obrigatoriedade da notificação à autoridade policial, além do já exposto, não observa o dever de sigilo profissional, em conformidade com o Código de Ética Médica – Resolução CFM nº 1.931/09. Vejamos:

Art. 23. Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto.
[...]

Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente. Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha (nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento); c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal.

É disposto ainda sobre o dever de tratar o paciente com dignidade, sem qualquer forma de discriminação. No entanto, é fato que a mulher que acaba de sofrer uma violência sexual já está abalada psicologicamente, e o fato da exposição dessas informações a causa ainda mais sofrimento, medo, inseguranças, vergonha, bem como viola seus direitos à privacidade e intimidade e confidencialidade.

Ressalta-se a situação relatada da menina de 10 anos violentada sexualmente pelo próprio tio, naquele momento não era necessária a notificação à autoridade policial e, para agravar, tratava-se de uma menor de idade, uma criança. Ilegalmente as informações foram

²⁰ OMS – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Abortamento Seguro: Orientação Técnica e de Políticas para Sistemas de Saúde. 2º ed. 2013. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/70914/9789248548437_por.pdf?sequence=7> Acesso em: 05.mai.2021.

divulgadas, tanto sobre o ocorrido quanto seus dados pessoais, e os impactos que essa divulgação causou foram inúmeros, como já relatado.

Este é apenas um exemplo, no entanto, num geral as mulheres tem receio de expor, por diversas razões, as situações de violência sexual vividas, principalmente, receio de expor sobre a realização ou intenção na realização de um aborto legal. Portanto, além deste dispositivo violar seus direitos à intimidade e privacidade, ainda deixa de observar o dever de sigilo profissional, tipificado como crime no Código Penal.

Art. 154 - 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 outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Ademais, a Lei Federal n. 12.845/13, a qual dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual estipula em seu art. 3º, III, que no atendimento à vítima deve haver “**facilitação do registro da ocorrência** e encaminhamento ao órgão de medicina legal e às delegacias especializadas com informações que possam ser úteis à identificação do agressor e à comprovação da violência sexual”.

Portanto, não deve haver obrigatoriedade de denúncia da violência sexual pelo profissional de saúde, a conduta correta a ser tomada nestes casos é no sentido de fornecer informações claras e precisas, de forma que, se a mulher desejar, irá realizar o registro da ocorrência. Neste mesmo sentido, o Decreto nº 7.958/13, que estabelece as diretrizes para atendimento destas vítimas pelos profissionais de segurança pública e do SUS, no art. 2º, dispõe que:

II - atendimento humanizado, observados os princípios do respeito da dignidade da pessoa, da não discriminação, do sigilo e da privacidade;

III - disponibilização de espaço de escuta qualificado e privacidade durante o atendimento, para propiciar ambiente de confiança e respeito à vítima;

IV - informação prévia à vítima, assegurada sua compreensão sobre o que será realizado em cada etapa do atendimento e a importância das condutas médicas, multiprofissionais e policiais, respeitada sua decisão sobre a realização de qualquer procedimento;

O Estado, portanto, deve se preocupar em criar um ambiente de acolhimento à vítima, que respeite integralmente sua privacidade, sigilo e autonomia, de forma a não afastar dos serviços de saúde, pelo contrário, de forma a encorajá-la a buscar por este serviço na certeza de que será respeitada em seus direitos, além de instruí-la devidamente sobre procedimentos médicos e legais, respeitando sempre sua vontade.

4.3. Da Violência Institucional na Atenção à Saúde às Mulheres Vítimas de Violência Sexual

A violência institucional é praticada no âmbito das instituições prestadoras de serviço público como escolas, hospitais, delegacias, postos de saúde, etc. A prática desta violência contra mulheres vítimas de violência sexual não é um tema muito tratado em nossa literatura, no entanto, foi realizada uma pesquisa científica no município de Fortaleza/Ceará²¹, baseada em dados coletados em nove entre os dez hospitais indicados pela Secretaria Municipal de Saúde como referência na atenção às mulheres em situação de violência sexual.

Apesar de a pesquisa não ter sido realizada com base em dados dos outros estados do Brasil, é possível ter dimensão de qual a realidade do serviço prestado a essas mulheres atualmente.

Pois bem. A conduta realizada pelos agentes dos serviços de saúde que lidam com mulheres vítimas de violência sexual deveria ser pautada na proteção, atenção humanizada, preventiva e reparadora de danos. Contudo, a realidade é a de muitos profissionais despreparados, que não conhecem as normas acerca dos direitos da mulher, não sabem qual a conduta a ser tomada frente à estas mulheres, não reconhecem a violência sexual como um problema a ser assistido pelo setor de saúde, mas como algo a ser tratado apenas na esfera da justiça e nos setores de segurança pública, e, ainda, muitos profissionais que sequer tem o conhecimento de que o hospital em que trabalham é indicado com referência na atenção às mulheres vítimas de violência sexual.

Em depoimento, um dos médicos entrevistados relatou o seguinte:

“No serviço a gente nunca havia instituído realmente essa situação, para ser conduzida aqui, [...] não fomos comunicados que iríamos atender pacientes de violência sexual. Como não houve essa comunicação, a equipe se manteve assim, como o desconhecimento de que existe esse serviço”.

A falta de conhecimento sobre este serviço é ainda agravada pelo despreparo dos profissionais, tendo em vista que estes não são treinados em como abordar as mulheres e identificar os sinais de que foram, ou são, vítimas de violência sexual. Isto pois, muitas mulheres ao procurarem o serviço de saúde não relatam que foram vítimas de uma violência, portanto, cabe os agentes de serviço de saúde estarem capacitados para identificar este

²¹ https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902020000100308

problema, saber acolher devidamente a mulher sem exposição, sem juízos de valor e atitudes discriminatórias.

Apesar disso, a realidade é a da falta de privacidade na atenção a estas mulheres, sem um ambiente específico e reservado para dar o devido suporte, de forma que são expostas à outras pessoas e a constrangimentos.

Segundo o relato das enfermeiras entrevistadas

“Muitas vezes, ela fica muita exposta. Existem aqueles que ficam ao redor, querendo saber da situação que ela viveu. Existe um acolhimento, mas de exposição; ela é vítima de violência lá fora e sofre outra violência aqui quando é abordada de maneira inadequada pelo profissional. Ela é agredida duas vezes quando entra aqui.”

Há ainda relato de profissionais que desrespeitam estas mulheres, com atitudes discriminatórias, grosserias, entre outros. Sobre isso, Wilza Vieira Vilela afirma que:

“As atitudes discriminatórias com declarações moralistas sobre a vida pessoal e o comportamento das mulheres, assim como o discurso autoritário, reproduzem os preconceitos e as posturas sexistas nas relações sociais entre os sexos, corroborando a matriz hegemônica de gênero. Isso reforça a experiência emocional de vulnerabilidade nas mulheres que sofreram violência, gerando um círculo vicioso entre violência interpessoal e violência institucional, e impede que as instituições cumpram a função de interromper a cadeia de produção do problema”.²²

Diante disto, é possível identificar como estes locais, que deveriam servir como um espaço de acolhimento às mulheres, muitas vezes acabam por se tornar espaços de violência institucional e desrespeito aos direitos fundamentais. Ainda, há evidente violação ao Decreto nº 7.958/13, o qual estabelece diretrizes para o atendimento às vítimas de violência sexual pelos profissionais de segurança pública da rede de atendimento de SUS, como exemplo, a violação ao Art. 2º e incisos. Vejamos:

Art. 2º O atendimento às vítimas de violência sexual pelos profissionais de segurança pública e da rede de atendimento do SUS observará as seguintes diretrizes:

I - acolhimento em serviços de referência;

II - atendimento humanizado, observados os princípios do respeito da dignidade da pessoa, da não discriminação, do sigilo e da privacidade;

III - disponibilização de espaço de escuta qualificado e privacidade durante o atendimento, para propiciar ambiente de confiança e respeito à vítima;

²² VILLELA, W. V. et al. Ambiguidades e contradições no atendimento de mulheres que sofrem violência. Saúde e Sociedade, São Paulo, v. 20, n.1, p.113-123.

IV - informação prévia à vítima, assegurada sua compreensão sobre o que será realizado em cada etapa do atendimento e a importância das condutas médicas, multiprofissionais e policiais, respeitada sua decisão sobre a realização de qualquer procedimento;

V - identificação e orientação às vítimas sobre a existência de serviços de referência para atendimento às vítimas de violência e de unidades do sistema de garantia de direitos;

VI - divulgação de informações sobre a existência de serviços de referência para atendimento de vítimas de violência sexual;

VII - disponibilização de transporte à vítima de violência sexual até os serviços de referência; e

VIII - promoção de capacitação de profissionais de segurança pública e da rede de atendimento do SUS para atender vítimas de violência sexual de forma humanizada, garantindo a idoneidade e o rastreamento dos vestígios coletados.

Já no tocante ao serviço de aborto legal, dentre os nove hospitais que participaram da pesquisa, apenas um realiza este serviço.

Este dado evidencia a realidade do país no fornecimento e disponibilização deste atendimento, que é direito da mulher desde 1940 com a promulgação do Código Penal. Somase isto, o fato de que dos 68 serviços de saúde listados pelo Ministério da Saúde e pelas Secretarias Estaduais de Saúde, apenas 37 efetivamente realizam este procedimento, portanto, esta resta claro que esta não é uma realidade apenas do Estado do Ceará, mas do Brasil como um todo.

No caso do município de Fortaleza, além de apenas um hospital realizar o procedimento do aborto legal, foi relatado por uma das psicólogas entrevistadas que este procedimento ocorre apenas uma vez na semana em razão da falta de profissionais que se dispõe a realizá-lo:

“A gente não encontra facilidade com os médicos para fazer um aborto legal, porque dentro da lei, da ética, eles podem não querer realizar. Como só tem um, a gente sempre marca na quarta-feira que é o plantão dele [...] a psicóloga que fica responsável por esses casos contribui nesse diálogo, mas já os outros profissionais, enfermeira, assistente social e plantonista não formam um vínculo com isso.”

De acordo com os profissionais entrevistados, as razões pelas quais estes se recusam a realizar o aborto legal estão pautadas em questões religiosas, morais, no direito à objeção de consciência, despreparo técnico, desconhecimento da legislação e estigma envolvido no ato e sofrimento emocional da equipe. Portanto, há tanto justificativas ideológicas para a não realização deste procedimento, quanto o próprio despreparo dos profissionais e

desconhecimento das normas, tendo em vista que muitos têm receio de estarem cometendo um crime, além de exigirem a apresentação de boletim de ocorrência pela vítima, laudo pericial ou autorização judicial, o que não é necessário para que o aborto legal possa ser realizado.

Frente a este despreparo dos profissionais da saúde acerca das orientações legais a serem seguidas nos casos de gravidez resultante de estupro, as mulheres acabam sendo prejudicadas por não serem orientadas adequadamente, não serem encaminhadas a locais onde realizam o aborto legal e muitas vezes têm seu direito negado em razão do desconhecimento destes profissionais sobre a legalidade do aborto nestas hipóteses.

Neste cenário, é evidente a violência institucional que ocorre na atenção à mulher vítima de violência sexual, inclusive por meio da recusa na realização da interrupção da gravidez, o que traz consequências para a autodeterminação sexual e reprodutiva das mulheres, além colaborar para gerar ainda mais abalos morais e psicológicos.

Por fim, quando se é negado o adequado atendimento da mulher vítima de abuso sexual que deseja realizar o aborto legal, pode acarretar pela busca a este procedimento de formas totalmente inseguras e ilegais, recorrendo ao aborto clandestino, o que configura um problema de saúde pública ainda maior.

5. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NO DIREITO BRASILEIRO

A responsabilidade civil médica adota, em regra, a teoria subjetiva, prevista no art. 186 do Código Civil, de forma que para que haja o dever de indenizar eventual dano causado a um paciente, faz-se necessária a apuração da culpa *latu sensu*, a qual engloba o dolo, ou seja, a intenção de causar o dano.

Este dano pode ser tanto de ordem patrimonial, de caráter financeiro, quanto extrapatrimonial, como por exemplo, o dano moral. No entanto, para que seja, de fato, caracterizado o dano indenizável, é imprescindível que seja demonstrado o nexo de causalidade na ação ou omissão do médico e sua culpa.

Neste contexto, vale definir a culpa *stricto sensu*, a qual pode ser caracterizada a partir de três naturezas distintas, são elas: a imprudência, a negligência e a imperícia.

Sabendo disto e levando em consideração o que estabelece o art. 7º da Portaria n. 2.561/20, pode um médico, servidor público, no cumprimento de uma norma instituída pelo Ministério da Saúde, ser responsabilizado civilmente por eventuais danos morais causados à mulher?

Em primeiro lugar, importa esclarecer que, por se tratar de um servidor público de saúde, a responsabilidade, a princípio, é sempre do Estado, em conformidade com o art. 37, §6º, da Constituição Federal.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Isto pois, o Estado é responsável civilmente por reparar os danos causados por seus agentes públicos ou prestadores de serviços públicos no exercício de suas funções. Sendo assim, a mulher que se sentir lesada e quiser exigir o seu direito à indenização pelos eventuais danos morais sofridos, deverá ingressar com uma ação judicial contra o Estado. Apesar disso, o médico, se agir com dolo ou culpa, não ficará isento de responsabilização civil, cabendo ao Estado o direito de ingressar com ação de regresso a fim ressarcir o erário por perda sofrida diante de indenização paga em virtude de responsabilidade do Estado.

Este não é, contudo, a hipótese acerca da violação de sigilo profissional em razão do art. 7º da Portaria n. 2.561/20. Isto pois, o Ministério da Saúde tem competência regulamentar para editar atos normativos a fim de melhor promover seus objetivos, a exemplo da saúde e melhoria na qualidade de vida dos cidadãos. Contudo, esta competência é limitada aos preceitos e normais constitucionais, não podendo, assim, alterar a natureza de direitos e obrigações previstos constitucionalmente, como o sigilo profissional.

Em razão disto, por não agir o médico com dolo ou culpa nesta situação, elementos obrigatórios para que haja o dever legal de indenização e, estando seguindo as orientações do próprio Ministério da Saúde, não deverá ser responsabilizado civilmente.

6. CONCLUSÃO

Conforme demonstrado ao longo do presente trabalho, o direito ao aborto legal no Brasil está previsto na legislação desde 1940 com a promulgação do Código Penal. Apesar disto, a luta das mulheres pela garantia de seus direitos, que vem desde antes da permissão ao aborto legal, permanece, tendo em vista que ainda há enorme violação destes direitos.

Os direitos fundamentais, como o direito à vida, à saúde, à integridade física e moral devem estar sempre em acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, não basta, por exemplo, garantir o direito à vida sem que esta seja uma existência digna.

A respeito do aborto legal no Brasil, vimos que os conflitos culturais, institucionais e pessoais que envolvem esta questão, aliados a pouca disponibilidade de profissionais da saúde para realização deste procedimento, a falta de conhecimento sobre a legislação e aos direitos da mulher, a discriminação e preconceito constituem os principais desafios para o cumprimento efetivo do aborto legal no país.

Apesar de haver avanços sobre esta questão, inclusive pela edição de normas técnicas que disciplinem e regulamentem o aborto, ainda há muito o que se conquistar acerca dos direitos da mulher e de sua efetiva garantia.

A realidade do Brasil hoje no tocante ao acesso ao aborto legal e a garantia dos direitos da mulher é pautada por muitos preconceitos, pela violência institucional, pela falta de estrutura dos hospitais, falta da devida capacitação dos profissionais de saúde, bem com a falta de recursos e de estruturação das unidades de saúde para viabilizar, efetivamente, o aborto legal.

Para agravar ainda mais esta realidade, o Estado, por meio do Ministério da Saúde, age de forma totalmente contrária à sua função, que é de promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como da melhoria na qualidade de vida do cidadão. Isto pois, ao publicar a Portaria n. 2.282/20 (revogada) e, em seguida, a Portaria n. 2.561/20, criou ainda mais condicionantes para a prática do aborto legal no Brasil, que como demonstrado, já não é um serviço de fácil acesso às mulheres, por todas as razões explicitadas ao longo do trabalho.

Desta maneira, o Ministério da Saúde, ao criar ainda mais obstáculos para a garantia de acesso das mulheres vítimas de violência sexual aos serviços de aborto legal acaba por violar diversos direitos fundamentais, daí a grande importância de a ADPF 737 ser julgada procedente, tendo em vista que reconheceria a inconstitucionalidade desta Portaria e impediria que estas violações continuassem sendo permitidas.

Ademais, é importante também atentarmos-nos à conduta dos agentes públicos de saúde frente ao atendimento e acolhimento das mulheres vítimas de violência sexual.

Como exposto, o Estado possui responsabilidade objetiva frente as ações dos agentes públicos ou prestadores de serviços públicos no exercício de suas funções, motivo pelo qual será o responsável por indenizar a mulher que for lesada por uma ação ou omissão do profissional de saúde. Apesar disso, este profissional não deve sair ileso frente a uma conduta que tenha gerado dano material ou moral à mulher, de forma que, comprovada sua culpa ou dolo em ação de regresso, deverá ressarcir o Estado pelo prejuízo causado ao erário.

Por outro lado, nos casos em que haja violação de direito da mulher por agente público de saúde em razão, somente, do cumprimento de normas impostas pelo Estado, no entanto, que estejam em desacordo com os direitos garantidos constitucionalmente, como ocorre pelo disposto na Portaria n. 2.2561/20, este é quem deverá ser responsabilizado em arcar com eventuais indenizações impostas.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARTIGO 19. Mapa Aborto Legal. 2020. Disponível em: <<https://mapaabortolegal.org/sobre-o-mapa/>> Acesso em: 17.mai.2021.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, pp. 5-19. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006,

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 517.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 5ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p.441.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 2.561/2020. Diário Oficial. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2.561-de-23-de-setembro-de-2020-279185796>> Acesso em: 17.mai.2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 2.282/2020. Diário Oficial. Disponível em:<<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2.282-de-27-de-agosto-de-2020-274644814#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Procedimento%20de,Sistema%20C3%9Anico%20de%20Sa%C3%BAde%2DSUS.&text=%C2%A7%201%C2%BA%20A%20g estante%20receber%C3%A1,suas%20avalia%C3%A7%C3%B5es%20em%20documentos%20espec%C3%ADficos>> Acesso em: 17.mai.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 737. Requerente: Partido dos Trabalhadores e outros. Relator: Min: Ricardo Lewandowski. Brasília, DF. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5996919>> Acesso em: 17.mai.2021.

BREDOFW, Rosi. Menina de 10 anos engravida depois de ser estuprada em São Mateus, no ES. G1. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/es/espírito-santo/noticia/2020/08/08/menina-de-10-anos-engravida-depois-de-ser-estuprada-em-sao-mateus-es.ghtml>> Acesso em 17.mai.2021.

CEDAW (Comissão sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres). Recomendação Geral Nº 24: Artigo 12º. (As Mulheres e a Saúde). 20º sessão. 1999. Disponível em: <https://apublica.org/wp-content/uploads/2018/08/CEDAW_RG_24.pdf> Acesso em: 05.mai.2021.

CFM – CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.931/2009. Disponível em: < <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2009/1931>> Acesso em: 17.mai.2021.

COE, Cynthia; ALTMAN, Matthew. Mandatory Ultrasound Laws and the Coercive Use of Informed Consent. Society for Philosophy and Technology Quarterly Electronic Journal, 2012. Disponível em:<https://www.researchgate.net/publication/271240150_Mandatory_Ultrasound_Laws_and_the_Coercive_Use_of_Informed_Consent> Acesso em: 10.mai.2021.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. Direitos e garantias fundamentais - já podemos falar em quarta e quinta dimensões?. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3828, 24 dez. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26078>. Acesso em: 09 nov. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

KIMPORT, Katrina; JOHNS, Nicole E.; UPADHYAY, Ushma D. Coercing Women's Behavior: How a Mandatory Viewing Law Changes Patients' Preabortion Ultrasound Viewing Practices. J Health Polit Policy Law, 2018. Disponível em: <<https://read.dukeupress.edu/jhpl/articleabstract/43/6/941/135372/Coercing-Women-s-Behavior-How-a-Mandatory-Viewing>> 10.mai.2021.

MADEIRO, A. P.; DINIZ, D. Serviços de aborto legal no Brasil – um estudo nacional. Ciência & Saúde Coletiva, 21(2), p. 563-572,2016.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 8 ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2000. p. 80.

MOREIRA, Gracyelle Alves Remigio; VIEIRA, Luiza Jane Eyre de Souza; CAVALCANTI, Ludmila Fontenele; *et al.* Manifestações de violência institucional no contexto da atenção em saúde às mulheres em situação de violência sexual. Saúde e Sociedade, v. 29, n. 1, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902020000100308>. Acesso em: 17.mai. 2021.

MOTA, Amaro; DALVI, Bruno. Exame de DNA confirma que tio estuprou e engravidou menina de 10 anos no ES. G1. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/es/espirito-santo/noticia/2020/08/28/exame-de-dna-confirma-que-tio-estuprou-e-engravidou-menina-de-10-anos-no-es.ghtml>> Acesso em 17.mai.2021.

OMS – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Abortamento seguro: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde – 2ª ed. 2013. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/70914/9789248548437_por.pdf?sequence=7> Acesso em: 10.mai.2021.

PARANHOS, Vinícius Lucas. Efetividade dos provimentos judiciais na garantia do direito à saúde: Estudo sobre as decisões inaudita altera parte no fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado. v.2. n.1. Belo Horizonte: Meritum, 2007. p. 156.

PINHO, Rodrigo César Rebello. Direito constitucional: teoria geral da constituição e direitos fundamentais 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. – (Coleção sinopses jurídicas; v. 17)

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Internacionalização dos direitos humanos trabalhistas: o advento da dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. LTr: revista legislação do trabalho, São Paulo, v. 72, n. 3, p. 277-284, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988. Porto Alegre: 2001. p.26.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SCHWARTZ, Germano. Direito à saúde: Efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 52.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 9 ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1992.

VILLELA, W. V. et al. Ambiguidades e contradições no atendimento de mulheres que sofrem violência. Saúde e Sociedade, São Paulo, v. 20, n.1, p.113-123.



TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Michelle Gomes Vieira Gouw

discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº (inserir TIA), período (inserir período), turma (inserir turma), tendo realizado o TCC com o título: Aborto legal: violação aos direitos da mulher vítima de violência sexual e a repercussão da Portaria n. 2.282/20

sob a orientação do(a) Profe.sor(a) Diogo Leonardo Machado de Melo

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 18 de maio de 2021.

Michelle Gouw

Assinatura do discente