

Poucos dias depois do protocolo das duas últimas ações, autuadas como ADPF 737 e ADI 6.552, o tema foi colocado na pauta do plenário virtual do STF pelo ministro relator de ambas, Ricardo Lewandowski. Na véspera da data prevista para início do julgamento, em 24 de setembro, o Ministério da Saúde publicou às pressas outra portaria, 2.561 de 2020, com alterações tangenciais à primeira. As principais exclusões foram relativas a outras violações provocadas pela 2.282, quanto à obrigatoriedade de oferta de visualização do ultrassom para as vítimas de violência e quanto a uma listagem incorreta de riscos do procedimento de aborto legal, que constava de um dos anexos da primeira portaria. O problema principal da normativa, no entanto, foi mantido com revisões cosméticas: em vez de notificação obrigatória, a nova portaria passou a descrever que os profissionais da saúde “deverão [...] comunicar o fato à autoridade policial responsável”. A edição de nova portaria com insistência quanto a esse dispositivo funcionou, portanto, apenas como um retardo à revisão constitucional da nova política de acesso ao aborto legal.

O cenário se tornou ainda mais preocupante quando veio à público quais tinham sido os motivadores imediatos da alteração dessa política. O Ministério da Saúde revelou, em resposta a diversos pedidos de acesso à informação protocolados por veículos de imprensa, que atuou em resposta a provocações da sociedade civil, mais especificamente, de um ofício da Defensoria Pública da União de Minas Gerais, representando a associação privada católica Virgem de Guadalupe e a um requerimento do Instituto em Defesa da Vida e da Família (IDVF), duas organizações abertamente militantes religiosas contrárias ao direito ao aborto. Embora também tenha sido requisitado, em 10 de setembro, o acesso aos pareceres da Consultoria Jurídica (Conjur) do Ministério da Saúde, da Comissão Intergestores Tripartite (CIT) e do Conselho Nacional de Saúde (CNS) para a portaria 2.282, que são necessários para o trâmite interno de alterações de políticas de saúde, nenhuma resposta foi oferecida até o momento. Há indícios de que ao menos o CNS não foi consultado ou que, se consultado, emitiu opinião contrária à publicação da portaria, uma vez que publicou recomendação de sua revogação em 29 de setembro.

Assim, há evidências de que a alteração da política de acesso ao

aborto legal teve motivação ideológica religiosa, sem fundamentação técnica, baseada em interpretações equivocadas da política criminal vigente para os crimes sexuais, e em violação a direitos fundamentais de vítimas de violência e de profissionais de saúde. A obrigatoriedade de notificação à polícia não foi motivada pelo interesse genuíno de aprimorar as estratégias de enfrentamento à violência sexual, mas como mecanismo de intimidação às mulheres. Ao desconfigurar de tal forma a possibilidade de acesso ao aborto autorizado pelo Código Penal, o Ministério da Saúde violou ainda os princípios da legalidade e da separação de poderes. Os indícios de que sequer procedimentos internos para revisão e aprovação do conteúdo das portarias foram seguidos constituem mais uma evidência do uso antidemocrático e autoritário do poder administrativo para cumprimento da agenda ideológica do governo em exercício que, somada à alteração da normativa realizada apenas um dia antes do início do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, sinaliza para a tentativa de bloquear o controle social e constitucional das políticas públicas.

Os sinais de alerta que esse episódio suscita são múltiplos e merecem vigilância. Felizmente, no último dia 8 de outubro, o ministro Ricardo Lewandowski reconheceu que os artigos impugnados das portarias 2.282 e 2.561 não diferiam substancialmente e recebeu o pedido de aditamento em ambas as ações sob sua relatoria, para que o feito pudesse prosseguir. O julgamento que se aproxima será fundamental para o avanço do debate sobre o controle constitucional de ações administrativas que extrapolam competências previstas em lei, mas também, em última análise, sobre a vinculação indevida entre os sistemas de saúde e de justiça criminal. Talvez essa se configure como mais uma oportunidade de compreender que, enquanto aborto continuar sendo tema de ameaça de cadeia às mulheres e a lógica punitiva se mantiver como a moldura em que o frágil aborto legal se insere, sequer as hipóteses já previstas serão adequadamente implementadas. Cada passo nessa direção é também mais uma oportunidade de fazer justiça à menina de 10 anos e a milhares de outras anônimas como ela, abandonadas pela lei há tempo demais.

NOTAS

- 1 LEAL, Vinícius. Governo muda regras e obriga médicos a avisar polícia sobre pedidos de aborto por estupro. *GI*, 28 ago. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/noticia/2020/08/28/portaria-amplia-exigencias-a-medicos-que-atendam-mulheres-em-busca-de-aborto-por-estupro.ghtml>. Acesso em: 12 out. 2020.
- 2 BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 2.282, de 27 de agosto de 2020*. Brasília, DF: Ministério da Saúde/Gabinete do Ministro. Diário Oficial da União, 28 ago. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2-282-de-27-de-agosto-de-2020-274644814>. Acesso em: 12 out. 2020.
- 3 DINIZ, Debora. Uma menina de dez anos aborta e é nosso dever nos unir à dor dela. *El País*, 16 ago. 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/opinionario/2020-08-17/uma-menina-de-dez-anos-aborta-e-e-nosso-dever-nos-unir-a-dor-dela.html>. Acesso em: 12 out. 2020.
- 4 Importa ressaltar que o precedente da ADPF 54 tem sido estendido por tribunais locais para outras malformações incompatíveis com a vida. Em 2016, a decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.467.888, de relatoria da ministra Nancy Andrighi, fixou que a possibilidade de interrupção da gestação em casos análogos à anencefalia configuraria não só fato atípico como também um direito das mulheres.
- 5 BRASIL. Ministério de Estado da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. *Dis-*

que Direitos Humanos. Relatório 2019. Brasília, DF: Ministério..., 2020. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/junho/balanco-anual-disque-100-atendeu-2-7-milhoes-de-ligacoes-em-2019/copy_of_Relatorio_Disque_100_final.pdf. Acesso em 12 out. 2020.

- 6 BRASIL. *Portaria nº 2.561, de 23 de setembro de 2020*. Ministério da Saúde/Gabinete do Ministro. Diário Oficial da União, 24 set. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2.561-de-23-de-setembro-de-2020-279185796>. Acesso em 12 out. 2020.
- 7 PRAZERES, Leandro. Ministério da Saúde admite que publicou portaria por pressão de entidades antiaborto. *O Globo*, 03 out. 2020. Disponível em: https://oglobo.globo.com/sociedade/ministerio-da-saude-admite-que-publicou-portaria-por-pressao-de-entidades-antiaborto-24675541?versao=amp&__twitter_impression=true. Acesso em: 12 out. 2020.
- 8 BRASIL. Ministério da Saúde. *Recomendação nº 064, de 29 de setembro de 2020*: Recomenda ao Congresso Nacional a aprovação em regime de urgência do Projeto de Decreto Legislativo nº 409/2020. Brasília, DF: Conselho Nacional de Saúde, 2020. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/recomendacoes-cns/1391-recomendacao-n-064-de-29-de-setembro-de-2020>. Acesso em: 12 out. 2020.

Autora Convidada

A RESTRIÇÃO DO DIREITO AO ABORTO LEGAL: DISCUSSÕES EM MATÉRIA DE GÊNERO E DE DOGMÁTICA PENAL

Chiavelli Facenda Falavigno

Estágio pós-doutoral em Política Legislativa penal pela Universidade de Málaga, Espanha. Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo, com estágio de investigação na Universidade de Hamburgo. Pesquisadora visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e do Instituto Max Planck de Direito Penal estrangeiro. Professora Adjunta de Direito e Processo Penal da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9833644727888072>

ORCID: 0000-0002-7264-2171

chiavelli.falavigno@gmail.com

Fernanda Pacheco Amorim

Mestra em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí. Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Coapresentadora do Podcast Mulherão da Porra.

Publisher da emails editora. Feminista em (des/re)construção

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4371039852188980>

ORCID: 0000-0001-9482-2643

fernandapachecoamorim@gmail.com

Resumo: O presente artigo aborda aspectos políticos, principalmente em matéria de gênero, e questões afeitas à dogmática penal, sob o ponto de vista da complementação administrativa de tipo, na análise das novas disposições do Ministério da Saúde sobre a excludente de ilicitude do aborto em razão de estupro. A metodologia utilizada é pesquisa doutrinária e legislativa.

Palavras-chave: Aborto legal, Políticas de Gênero, Dogmática Penal, Complementação Normativa.

Abstract: This article discusses political aspects, especially in terms of gender, and issues related to criminal dogmatics, from the point of view of administrative complementation, in the analysis of the new provisions of the Ministry of Health on the exclusion of illegality of abortion due to rape. The methodology used is doctrinal and legislative research.

Keywords: Legal abortion, Gender policies, Criminal Dogmatics, Normative Complementation.

Começar um escrito que objetiva debater o aborto demanda o estabelecimento de um pressuposto básico: esta é uma pauta política e, acima de tudo, de gênero. Estabelecer a discussão no campo comum das personalidades é incorrer num erro básico de estrutura metodológica. Ao se propor (re)pensar a questão do aborto é indispensável o reconhecimento de que se trata de assunto relativo aos direitos humanos, absolutamente vinculado à saúde pública e independente de decisões pessoais e individualizadas.

A pauta do aborto é defendida desde a 2ª onda do feminismo (entre as décadas de 50 e 90), conhecida pelos debates em relação especificamente à construção do *ser mulher*¹ e a questão dos direitos reprodutivos. A posse sobre o próprio corpo e o direito de escolha eram – e continuam sendo – debates aflorados.

Apesar de todo este levante feminista sobre a legalização total do aborto, o que foi alcançado em muitos estados dos EUA e em muitos países da Europa, na legislação brasileira há poucas possibilidades de aborto legal, como em situação de gestações que acarretem risco à vida da mulher ou em gravidez decorrente de estupro. A Corte Constitucional acresceu a estas a hipótese do aborto decorrente de anencefalia fetal.

Ao discorrer sobre a temática do aborto, **Flávia Biroli** afirma que há premissas básicas em relação ao direito das mulheres sobre o próprio corpo no feminismo pró escolha, quais sejam: *“a) nenhum contato com o corpo do indivíduo pode existir sem o seu consentimento, o que enfatiza a extensão da noção de escolha ao âmbito da integridade física [...] b) a decisão sobre manter uma gravidez, nutrir e sustentar biologicamente outro indivíduo deve ser da mulher, isto é, geração, gestação e maternidade têm de ser decisões consentidas e informadas para que o direito das mulheres à autonomia seja preservado. Mas é a crítica aos limites do liberalismo que permite destacar uma terceira premissa: c) o direito à escolha no caso do aborto deve ultrapassar o sentido negativo da liberdade que está aí envolvida. Isso significa que deve ser apoiado pelo Estado por meio de políticas públicas de combate à violência, de orientação para o respeito às decisões individuais e de atendimento adequado na área da saúde.”*²

E, reconhecendo as premissas básicas, bem assim a devida diligência estatal de garantir e assegurar de todas as formas possíveis o cumprimento dos direitos humanos – dentre eles os direitos das mulheres –, inclusive com a elaboração de legislação em conformidade

com as Convenções Internacionais, como a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção de Belém do Pará, e, ainda, identificando os altos números de estupro somados à cifra oculta dos casos que não são notificados,³ promulgou-se a “Lei do Minuto Seguinte” (Lei 12.845/2013).⁴

O ano de 2013 foi conturbado em relação aos direitos reprodutivos. Ao mesmo tempo que **Eduardo Cunha** apresentou o projeto de Lei 5.069/2013, que pretendia dificultar o acesso ao aborto por mulheres vítimas de violências sexuais, fato que impulsionou a tomada das ruas por milhares de mulheres contrárias ao PL em 2015, a Lei 12.845/2013 possibilitou o atendimento obrigatório e rápido às mulheres. Corroborando com a dita Lei, no mesmo ano, foi promulgado o decreto 7.958/2013, que apresentou diretrizes para o atendimento humanizado às vítimas de violência sexual, tanto por profissionais de segurança pública quanto pelos profissionais que prestam atendimento no SUS.

A premissa básica da Lei 12.845 é a de que a palavra da vítima basta para que o atendimento aconteça de forma adequada e célere, eis que a velocidade no atendimento é essencial em casos de estupro, pois a profilaxia de gravidez e IST deve acontecer em até 72 horas para que haja maior eficácia.

Para reforçar esta premissa e depois de identificar as deficiências ainda existentes no atendimento prestado pelo SUS em casos de violência sexual,⁵ em 2018, o Ministério Público de São Paulo, em parceria com a Associação Brasileira de Agências de Publicidade (Abap) e a agência Y&R, elaborou uma campanha de divulgação intensa da Lei do Minuto Seguinte.

Acontece que viver no Brasil nos tempos atuais não é tarefa fácil. Apesar da legislação criada, das campanhas desenvolvidas, dos esforços realizados pelos coletivos feministas e organizações da sociedade civil para defender o direito ao aborto por mulheres vítimas de violência sexual, livre de julgamentos por parte de terceiros, bem como com atendimento humanizado e adequado para evitar a revitimização, em pleno 2020 foi editada a Portaria 2.282.⁶ Ou seja, ao invés da produção de políticas públicas voltadas a questões de gênero, que visem a modificar a chamada cultura do estupro, o que se observa é o uso do Direito Penal novamente nessa seara⁷ e, pasma-se, com imposição de mais obrigações à vítima.

São tantos os equívocos existentes no texto apresentado, que fica

difícil elencá-los. A questão mais gritante é a de que: a palavra da vítima não basta. Todas as proposições do texto só reforçam a ideia de que a mulher que está procurando auxílio para um aborto legal e seguro, depois de ter sido vítima de uma violência sexual, precisa ter sua narrativa confrontada à exaustão.

Há modelos ao final da portaria que beiram o absurdo, como: a) o termo de relato circunstanciado no qual a vítima precisa declarar a violência sofrida com detalhes, como as circunstâncias do estupro, os dados do agressor ou, caso não conheça o agressor, o número de homens, seus trajés, veículo, raça, tipo de cabelo etc.; b) termo de responsabilidade por falsidade ideológica; e c) termo de consentimento, que detalha os riscos relativos ao procedimento do aborto, com a especificação de possibilidade de infecções, lesões e até morte. Por fim, apresenta-se ainda a necessidade de informar à mulher sobre a possibilidade de assistir ao ultrassom do feto (de uma gravidez decorrente de uma violência!).

Recentemente, no dia 23 de setembro, houve a reformulação de dita Portaria para a 2.561, que mantém, no entanto, boa parte dos problemas referidos na primeira.

O ponto central nisto tudo é a violência estatal sendo cometida descaradamente contra mulheres que deveriam estar sendo protegidas; que deveriam, conforme a Lei do Minuto Seguinte e o Decreto 7.958/2013, receber atendimento humanizado, pois já chegam absolutamente fragilizadas.

É essencial referir, ainda, que tal Portaria resultou de movimento desencadeado por indevida exposição midiática de criança vítima de violência sexual, a qual, inclusive, teve seus dados revelados e sofreu insultos e demais formas ilegítimas de protestos ao exercer direito que a legislação lhe outorgou.

Para além de todas as questões pontuadas, as quais são, na opinião das autoras, as mais relevantes para a análise da medida, é essencial que se saliente também aspectos referentes à dogmática penal.

Sabe-se que a assessoriedade administrativa das normas penais acarreta diversos problemas em relação aos princípios orientadores da matéria,⁸ sendo aconselhada apenas em casos de extrema necessidade, como pela mutabilidade do bem jurídico tutelado ou pela competência técnica exclusiva do órgão administrativo para regular a questão. No caso, não se vislumbra nenhum dos dois aspectos, ficando evidente o interesse político na medida.

Ora, para além de ser matéria já regulada pela legislação referida no texto, e que obviamente não pode ser contraditada por meio de Portaria, tal regulação impõe uma série de procedimentos, que restringem a abrangência de uma excludente de ilicitude, aumentando a incidência de um tipo penal, o que é amplamente desaconselhado em termos de assessoriedade.⁹

A justificativa da competência do Ministério da Saúde se dá de for-

ma genérica nos termos do artigo 87 da Constituição, que autoriza os Ministros de Estado a expedir instruções para a execução de leis, olvidando-se de mencionar que a matéria já se encontrava disciplinada por normativa superior. Ainda, destaca que a regulação se refere ao SUS, deixando margem para interpretação de que procedimento diverso pode ser adotado em hospitais privados, o que sublinha a seletividade já observada nos casos de aborto no Brasil.

Trata-se, sem dúvida, de complementação do direito penal, na forma de assessoriedade administrativa por regra infralegal, o que requer detida análise por se tratar de medida que sempre vilipendia, em algum aspecto, a legalidade, devendo ocorrer apenas em casos de necessidade extrema. Não se trata da chamada assessoriedade conceitual, pois nenhum termo previsto nos dispositivos do Código Penal que regulam o aborto legal demandam normas administrativas para sua definição ou melhor compreensão. Também não se trata de assessoriedade do ato, pois o procedimento independe de qualquer forma de autorização administrativa. Por fim, não se trata de assessoriedade de direito, pois não há um conjunto de normas de proteção tipicamente administrativas que regulem o bem jurídico vida e devem passar a fazer parte do âmbito de proteção da norma penal para completar a tutela do dito bem.

Que forma de assessoriedade é então a observada no tipo? Qual a causa que a justifica? A regulação administrativa deve ser feita de forma excepcional e com responsabilidade, sobretudo quando aumenta a abrangência do tipo penal. É, nesse sentido, que defendemos o estabelecimento de critérios dogmáticos próprios da norma com assessoriedade, pois, para além dos evidentes problemas políticos e de gênero que envolvem a questão, o controle jurídico da complementação administrativa de normas penais poderia auxiliar na redução da possibilidade de ocorrer medidas como o ora tratado.

Voltando-se para análise da norma em si, para além das já enfrentadas questões de gênero, esta impõe uma série de obrigações aos profissionais da saúde sob o pretexto de protegê-los de eventual responsabilização penal, visando claramente a desencorajar a prática do ato. Além disso, impõe o dever de denúncia criminal à vítima de estupro, o que não existe no caso de nenhuma outra infração no Código Penal, ferindo a igualdade.

Como já referido, são vários os tipos de normas que dependem de assessoriedade administrativa, sendo mais recorrentes as chamadas normas penais em branco. Tal técnica legislativa deve ser usada com parcimônia, não apenas por ferir a legalidade e ocasionar erros, mas também porque deixa margem para que órgãos do Poder Executivo, de interesse prevalentemente político, passem a determinar o conteúdo de normativas penais, o que pode dar azo a medidas eleitoreiras – e mesmo arbitrárias – gestadas no interior da moldura legal, ou seja, com a mera aparência de serem democráticas e de estarem de acordo com Estado Democrático de Direito.

NOTAS

¹ Simone de Beauvoir em *O Segundo Sexo* cunhou a tão famosa frase: "Ninguém nasce mulher, torna-se mulher". In: BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. Tradução de Sérgio Milliet. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. p. 361.

² MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. *Feminismo e política*: uma introdução. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 127.

³ Segundo a nota técnica de 2013 do IPEA sobre o Estupro no Brasil, estimam-se 527 mil casos por ano, ou seja, um por minuto, dos quais apenas 10% são reportados às autoridades. De acordo com o 13º Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2019, o Brasil tem, oficialmente, 180 casos de estupro por dia, dos quais 81,8% têm como vítimas pessoas do sexo feminino. Os relatórios podem ser acessados em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/03/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf e <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/artigo/21/estupro-no-brasil-uma-radiografia-segundo-os-dados-da-saude>. Acesso em: 28 set. 2020.

⁴ Importante mencionar que a revogação de dita Lei é objeto do PL 6055 de 2013, de autoria de diversos Deputados, dentre eles o atual Presidente da República.

⁵ Resultado de inquérito civil conduzido pela Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão do Ministério Público do Estado de São Paulo, conforme informado

em matéria divulgada e que pode ser conferida aqui: <http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/lei-do-minuto-seguinte-campanha-sobre-direitos-de-vitimas-de-abuso-sexual-e-lancada-em-sao-paulo>. Acesso em 28 set. 2020.

⁶ Prontamente questionada no Supremo Tribunal Federal, por meio da ADPF 737, cujo julgamento se encontra adiado pela reedição da medida.

⁷ Uma vez que o regramento administrativo faz claras referências às normas do Código Penal, seja para restringir o alcance da autorização do aborto, seja para impor possível penalização por falsidade ideológica à vítima.

⁸ O tema se encontra tratado com detalhamento em: FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal*: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro. Florianópolis: emais editora, 2020.

⁹ No direito penal econômico peruano, por exemplo, é amplo o entendimento de que as regulações administrativas devem ser orientadas a restringir a abrangência de um tipo penal. (VASQUEZ, Manuel A. A. El principio de certeza en las leyes penales en blanco: especial referencia a los delitos económicos. *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, n. 9, p. 13-34, 1999.)

Recebido em: 30/09/2020 - Aprovado em: 07/10/2020 - Versão final: 19/10/2020