

Interrupção legal da gravidez em crianças no Brasil: o princípio do melhor interesse nas veredas do direito, da medicina e da ética

Legal termination of pregnancy in children in Brazil: the principle of the best interests of the child in the paths of law, medicine, and ethics

Interrupción legal del embarazo en niñas em Brasil: el principio del interés superior del niño en los caminos del derecho, la medicina y la ética

Marcos Felipe Silva de Sá¹

Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, SP, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0002-4813-6404>

 marcosfelipe@fmrp.usp.br

Maria de Fátima Freire de Sá²

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0002-3485-4923>

 mfatimafreiresa@gmail.com

Lucas Costa de Oliveira³

Universidade Federal de Juiz de Fora, Campus Governador Valadares, MG, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0003-1303-8844>

 lucascoliveira01@gmail.com

Submissão: 15/07/22

Aprovação: 16/02/23

Resumo

Objetivo: analisar o direito à interrupção legal da gravidez sob o marco teórico do princípio do melhor interesse da criança. Dentre os objetivos específicos, busca-se analisar a postura do Judiciário e do Ministério Público nos casos apresentados, os fundamentos jurídicos para o exercício do direito ao aborto em casos de estupro de vulnerável, os contornos teóricos do princípio do melhor interesse da criança, além de aspectos médicos, tais como a (in)existência de marco temporal para a interrupção da gravidez nos casos permitidos pela legislação, bem como a (im)possibilidade do exercício da objeção de consciência por médicos nesse contexto. **Metodologia:** adota-se a vertente jurídico-sociológica e a investigação jurídico-propositiva, por meio de raciocínio indutivo. Utiliza-se análise documental e bibliográfica, por meio de revisão bibliográfica qualitativa. Parte-se do marco teórico do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, previsto na Lei nº 8.069/1990, para testar a hipótese de que a interrupção legal da gravidez deve ser compreendida *prima facie* como o curso de ação que melhor se adequa ao princípio do melhor interesse da criança. **Resultados:** a gravidez em criança, por si só, já configura a violação de um direito fundamental. A interrupção da gestação nos casos de estupro de vulnerável é direito fundamental, garantido expressamente por lei, sem qualquer condicionante

¹ Pós-doutor em Medicina Reprodutiva, Universidade da Califórnia, Los Angeles, EUA; professor titular em Ginecologia e Obstetria, Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, SP, Brasil.

² Doutora em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG; professora adjunta V, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil.

³ Doutor em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor adjunto, Universidade Federal de Juiz de Fora, Campus Governador Valadares, MG, Brasil.

temporal ou qualitativa. **Conclusão:** confirmou-se a hipótese de que a interrupção legal da gravidez deve ser compreendida *prima facie* como o curso de ação que melhor se enquadra ao princípio do melhor interesse da criança.

Palavras-chave

Aborto. Abuso Sexual de Crianças e Adolescentes. Direitos da Criança e do Adolescente. Proteção da Criança.

Abstract

Objective: to analyze the right to legal abortion within the theoretical framework of the principle of the best interests of the child. The specific objectives are to analyze the position of the Judiciary and the Prosecution in two cases, the legal basis of the right to abortion in cases of statutory rape, the theoretical framework of the principle of the best interests of the child, and medical aspects such as the (non-)existence of a time frame for abortion in legally admissible cases and the (im)possibility of the exercise of conscientious objection by physicians in this context. **Methods:** this paper makes use of the sociological of law and the legal-propositional research directions and follows an inductive thinking approach. Documentary and bibliographic analysis is conducted through a qualitative bibliographical review. This paper starts from the theoretical framework of the principle of the best interests of the child provided by Law No. 8.069/1990 to test the hypothesis that legal abortion is *prima facie* the procedure that best complies with the principle of the best interests of the child. **Results:** the pregnancy of a child is in itself a violation of a fundamental right. Abortion in the case of rape of a vulnerable person is a fundamental right explicitly guaranteed by law, without temporal or qualitative constraint. **Conclusion:** the hypothesis was confirmed, so that legal abortion should be understood *prima facie* as the course of action that best corresponds to the principle of the best interests of the child.

Keywords

Abortion. Child Abuse. Child Advocacy. Child Welfare.

Resumen

Objetivo: analizar el derecho a la interrupción legal del embarazo bajo el marco teórico del principio del interés superior del niño. Entre los objetivos específicos buscamos analizar la posición del Poder Judicial y del Ministerio Público en los casos presentados, los fundamentos jurídicos para el ejercicio del derecho al aborto en casos de violación de persona vulnerable, los contornos teóricos del principio del interés superior del niño, además de aspectos médicos, como la (in)existencia de un plazo para la interrupción del embarazo en los casos permitidos por la ley, así como la (im)posibilidad de objeción de conciencia por parte de los médicos en este contexto. **Metodología:** se adopta el aspecto jurídico-sociológico y la investigación jurídico-proposicional, a través del razonamiento inductivo. Se utiliza el análisis documental y bibliográfico, a través de una revisión bibliográfica cualitativa. Parte del marco teórico del principio del interés superior del niño y del adolescente, previsto en la Ley n. 8.069/1990, para contrastar la hipótesis de que la interrupción legal del embarazo debe entenderse *prima facie* como el curso de acción que mejor se adapta al principio del interés superior del niño. **Resultados:** el embarazo infantil, por sí solo, ya es una vulneración de un derecho fundamental. La interrupción del embarazo en casos de violación de una persona vulnerable es un derecho fundamental, expresamente garantizado por la ley, sin ninguna condición temporal o cualitativa. **Conclusión:** a partir de los casos presentados, siguiendo la metodología señalada anteriormente, se confirmó la hipótesis de que la interrupción legal del embarazo debe entenderse *prima facie* como el curso de acción que mejor se ajusta al principio del interés superior del niño.

Palabras clave

Aborto. Abuso Sexual Infantil. Derechos del Niño y del Adolescente. Protección a la Infancia.

Introdução

Foi amplamente divulgado pela mídia o caso de uma criança, na região Sudeste do Brasil, de dez anos de idade, que engravidou do tio que dela abusava desde os seis anos. Uma criança que vivia na companhia dos avós e que nada podia dizer sobre os estupros sofridos, sob pena de perder aqueles que a criavam. Se dissesse alguma coisa, o tio mataria seu avô. Foram quatro anos de violência e silêncio. Quatro anos de uma infância roubada, até que o sintoma de uma dor abdominal fez sua avó a levar ao hospital e ali foi revelada a gravidez (1, 2).

No Brasil, o aborto é permitido pelo ordenamento jurídico quando não restar outro meio de salvar a vida da gestante, quando a gravidez resultar de estupro e quando ocorrer gravidez de feto anencefálico – três hipóteses em que não há necessidade de pedido judicial (3) –, mas, mesmo assim, uma ordem para a interrupção da gravidez foi expedida pelo Juiz da Vara da Infância e da Juventude local, depois de um pedido do Ministério Público. No entanto, o hospital, centro credenciado para prestação de assistência ao aborto legal na região onde morava a criança, não cumpriu o determinado na sentença, alegando “questões técnicas” (2).

Rapidamente, essa criança e sua avó foram levadas para outro centro de referência, dessa vez na região Nordeste. Enquanto vozes defendiam que a gravidez deveria ser levada adiante, como que por uma suposta obrigação moral de uma criança, mesmo tendo sido ela abusada e estuprada, outras assumiam posição contrária, defendendo sua vida em sentido mais amplo: a vida biográfica e o melhor interesse daquela menina que chorava agarrada a um urso de pelúcia, cheia de medo e de dor – medo e dor que jamais seriam compreendidos por policiais, juízes, promotores, médicos, familiares e toda uma população enfurecida. Finalmente, em meio a grande tumulto provocado por correntes *pro life* e *pro choice*, o aborto foi realizado (2, 4).

Em outro caso, uma criança de 11 anos de idade, grávida após ser vítima de estupro, foi mantida pela Justiça de Santa Catarina, com aval do Ministério Público, em um abrigo, por mais de um mês, para evitar a realização do aborto legal. Dois dias após a descoberta da gravidez, a menina foi levada ao hospital pela mãe para realizar o procedimento, contudo, a equipe médica se recusou a efetivar a interrupção legal da gravidez sob o fundamento que as suas normas internas apenas permitiriam o aborto até a 20ª semana de gestação. À época, o bebê estava com 22 semanas e 2 dias, o que impediria a realização do aborto (5).

A questão foi levada ao Judiciário. Em audiência realizada com a criança, desacompanhada de sua mãe, a proposta feita pela juíza e pela promotora foi no sentido de se manter a gravidez por mais uma ou duas semanas, para aumentar a chance de sobrevivência do feto. Na gravação da audiência, a juíza questiona se a menina suportaria ficar mais um pouco com o bebê. A promotora de justiça do município de Tijucas sugere manter o feto por mais algumas semanas, “em vez de deixar ele (sic) morrer – porque já é um bebê, já é uma criança –, em vez de a gente tirar da tua barriga e ver ele morrendo e agonizando, é isso que acontece, porque o Brasil não concorda com a eutanásia” (5).

A psicóloga que acompanhou o caso registrou que a criança não entendia o que estava acontecendo: “apresentou e expressou medo e cansaço por conta da quantidade de consultas médicas e questionamentos, além do expresso desejo de voltar para casa com a mãe. Relatou estar se sentindo muito triste por estar longe de casa e que não consegue entender o porquê de não poder voltar para o seu lar” (5). Do ponto de vista médico, apesar de o primeiro laudo ter apontado que não havia risco de morte para a menina, outros médicos do mesmo hospital avaliaram o contrário em depoimentos na audiência e em outros laudos anexados ao processo. Em um deles, a médica recomenda a interrupção

da gestação da menina alegando riscos como anemia grave, pré-eclâmpsia, maior chance de hemorragias e até histerectomia, consequência irreversível (5).

Após o vazamento da audiência ter sido divulgado pelo *The Intercept Brasil*, houve grande comoção social, tendo a decisão da institucionalização, bem como a proibição de implementação da interrupção legal da gravidez sido revertida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina. O aborto foi, enfim, realizado no sétimo mês de gestação (6).

Metodologia

A partir dos casos apresentados, o presente artigo aborda o problema da gravidez em crianças decorrente de estupro de vulnerável. De maneira mais específica, objetiva-se analisar o direito à interrupção legal da gravidez sob o marco teórico do princípio do melhor interesse da criança, tal como previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (7), bem como desenvolvido pela literatura jurídica (8, 9).

Utiliza-se análise documental e bibliográfica, por meio de revisão bibliográfica qualitativa. Dentre os objetivos específicos, busca-se analisar a postura do Judiciário e do Ministério Público, os fundamentos jurídicos para o exercício do direito ao aborto em casos de estupro de vulnerável, os contornos teóricos do princípio do melhor interesse da criança, além de aspectos médicos, tais como a (in)existência de marco temporal para a interrupção da gravidez nos casos permitidos pela legislação, bem como a (im)possibilidade do exercício da objeção de consciência por médicos nesse contexto.

Parte-se da vertente jurídico-sociológica e da investigação jurídico-propositiva (10), para, a partir dos casos apresentados (raciocínio indutivo), defender a hipótese de que a interrupção legal da gravidez deve ser compreendida *prima facie* como o curso de ação que melhor se adequa ao princípio do melhor interesse da criança.

Aspectos jurídicos

O direito ao aborto em casos de estupro de vulnerável

O Código Penal brasileiro, a partir da Lei nº 12.015/2009, passou a tipificar o crime de estupro de vulnerável nos seguintes termos: “Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos” (3). O tipo penal é bastante claro, tendo o legislador brasileiro afastado em absoluto a possibilidade de consentimento do menor na prática da conjunção carnal ou ato libidinoso. Tampouco há a necessidade de utilização de violência ou ameaça, nem mesmo a gravidez resultante do estupro:

Pois é isto que o art. 217-A do CP acarreta, ao definir como crime qualquer prática de atos sexuais, independentemente de violência ou fraude, com pessoas menores de catorze anos: impede que o adolescente que já tiver iniciado sua fase de amadurecimento sexual a esta época se desenvolva naturalmente. Por meio do denominado "estupro de vulnerável", o legislador nacional afirma categoricamente que nenhum adolescente é capaz de realmente consentir com atos sexuais antes de ter completado os catorze anos de idade, independentemente de seu contexto socioeconômico, químico-biológico, familiar ou, ainda, psicológico (11).

O aborto, no caso de gravidez resultante de estupro, não é punível, nos termos do art. 128, inciso II, do Código Penal brasileiro: “Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: [...] II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz,

de seu representante legal” (3). Trata-se de hipótese de aborto legalmente admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, ao lado do aborto necessário, entendido como aquele que é realizado como único meio de salvar a vida da gestante (art. 128, I do Código Penal brasileiro) (3), bem como do aborto de fetos anencefálicos, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (12).

Importante ressaltar que a legislação não impõe qualquer requisito adicional para o exercício do aborto nos casos de gravidez resultante de estupro. Basta que haja i) gravidez, ii) resultante de estupro, e iii) o consentimento da gestante ou de seu representante legal. A legislação não indica termo para o exercício do direito subjetivo à interrupção da gravidez nos casos de aborto, tampouco requisitos qualitativos, tais como viabilidade de vida extrauterina, forma humana, peso ou tamanho mínimos. Qualquer tipo de limitação ao exercício deste direito fundamental – uma vez que tutela a autonomia corporal e a dignidade da criança estuprada – deve ser compreendida como ilegal, especialmente se a limitação decorre de resoluções técnicas, portarias ou normas internas de hospitais.

No primeiro caso relatado, o abuso sexual era perpetrado pelo tio da criança, maior de idade e capaz, desde quando ela tinha seis anos de idade, de tal maneira que não há qualquer dúvida sobre a possibilidade jurídica do exercício do direito ao aborto com consequente exclusão da ilicitude. No segundo caso, divulgou-se que o estupro teria sido cometido por um adolescente de 13 anos, resultando na gravidez de menina de 11 anos. Ainda que tal informação esteja sendo devidamente apurada, cabe questionar se haveria o direito ao aborto nos casos em que o estupro tiver sido praticado por menor idade, sendo, portanto, inimputável o autor do crime.

A situação, do ponto de vista da dogmática penal, é paradoxal. A prática de relações sexuais com o envolvimento de adolescentes ou crianças abaixo de 14 anos é tipificado como estupro de vulnerável, como argumentado anteriormente. Se ambos os envolvidos são menores de 14 anos, tem-se a conclusão de que ambos se enquadram no tipo penal do estupro de vulnerável. Contudo, pelo fato de serem menores de idade e inimputáveis, seriam responsabilizados por ato infracional análogo ao estupro de vulnerável, nos termos previstos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (7). Assim, não há dúvidas, a partir da atual previsão legislativa, sobre o enquadramento teórico-conceitual da prática do estupro de vulnerável quando ao menos uma das partes é menor de 14 anos, independentemente de qualquer discussão lateral sobre excludentes de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade (11).

Nesse sentido, o direito ao aborto, nos casos de gravidez resultante de estupro, persiste independentemente de o crime de estupro de vulnerável ter sido praticado por pessoa imputável ou inimputável, uma vez que se trata de uma garantia fundamental à gestante violentada (11).

O melhor interesse da criança gestante

O princípio do melhor interesse da criança tem sua origem no instituto inglês do *parens patriae*, compreendido “como uma prerrogativa do Rei em proteger aqueles que não poderiam fazê-lo em causa própria” (8). O direito norte-americano foi importante no desenvolvimento da doutrina do melhor interesse, sendo mencionada no caso *Commonwealth v. Addicks*, em 1813, no qual se atribuiu a guarda da criança à mãe acusada de adultério, sob o fundamento de que há uma prioridade do interesse da criança em detrimento do interesse dos pais (8). No direito costumeiro inglês há vários precedentes que serviram de fundamento para o delineamento do instituto, embora a primeira menção expressa tenha ocorrido no caso *Finlay v. Finlay*, em 1925, estabelecendo que “em hipótese de conflitos entre os interesses da criança e os interesses de seus pais, são os primeiros que devem prevalecer” (9).

Não obstante a essas manifestações do princípio do melhor interesse da criança, foram as declarações internacionais de direitos humanos as grandes responsáveis pela difusão do instituto e a sua consequente incorporação em diversos ordenamentos jurídicos. O principal marco, nesse sentido, é a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Organização das Nações Unidas em 1989, com o objetivo de efetivar a proteção especial à criança e ao adolescente (13). Em seu art. 3º, fica estabelecido que “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança” (13). Entende-se que houve um erro na tradução do termo original, *best interests of the child*, na medida em que impõe um critério qualitativo (melhor interesse), e não quantitativo (maior interesse) (8).

Exemplo da incorporação interna do princípio do melhor interesse pode ser encontrado no art. 227 da Constituição da República de 1988, dispondo que é dever da família, da sociedade e do Estado a efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, com absoluta prioridade (14). No mesmo sentido, pode-se mencionar as normas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (7), inclusive com a repetição do dispositivo constitucional, além de apresentar mecanismos específicos para a sua proteção integral.

O principal problema envolvendo a aplicação desse princípio diz respeito ao seu conteúdo. Não é possível estabelecer um substrato apriorístico a essa norma, pois, sendo um princípio jurídico, apenas indica um caminho a ser seguido, não admitindo uma aplicação de maneira *tudo ou nada* (15). Mesmo autores positivistas, como Hart, já apontavam a textura aberta do direito, inerente à natureza da linguagem – imprescindível ao texto normativo. Essa característica, presente em maior ou menor grau nas normas jurídicas, exige uma postura ativa do intérprete no momento da aplicação, preenchendo o seu conteúdo nos limites do caso concreto, com base nos precedentes judiciais e na mais ampla argumentação possível (16). Ainda, pode-se mencionar a natureza de cláusula geral do melhor interesse da criança, perspectiva muito trabalhada no âmbito do direito privado, principalmente a partir do Código Civil de 2002. A cláusula geral representa uma técnica legislativa que, pela sua redação mais ampla e generalista, exprime uma vagueza semântica, possibilitando a permanente resignificação e reconstrução das normas, bem como a abertura do sistema jurídico a outros tipos de argumentação (17).

Assim, pode-se concluir que não há um feixe de comandos definidos *a priori*, ou mesmo uma tipicidade cerrada do princípio do melhor interesse da criança. O que se tem é a indicação de uma direção a ser seguida em busca da proteção e do livre desenvolvimento da criança, previsto desde a gênese do instituto. Contudo, embora seja da sua própria essência a amplitude semântica, é necessário estabelecer ao menos um conteúdo mínimo para sua aplicação, sob pena de se esvaír a importância e a utilidade do princípio. A partir do exposto, pode-se afirmar que o substrato basilar do princípio do melhor interesse é a proteção e efetivação dos direitos fundamentais da criança. Dessa maneira, o caso concreto é indispensável para a delimitação mais precisa dos seus contornos normativos, sempre em diálogo próximo com outras áreas do conhecimento, especialmente a ética e a medicina (18).

No presente artigo, defende-se a hipótese no sentido de que, nos casos de gravidez em crianças, a interrupção legal da gestação deve ser compreendida *prima facie* como o curso de ação que melhor se adequa ao melhor interesse da criança, uma vez que “a gravidez na infância, por si só, já configuraria a violação de um direito da criança. A imposição de se levar essa gravidez adiante, não seria mais uma violação aos seus direitos?” (19). Ressalta-se que a gravidez em crianças será sempre

decorrente de estupro, haja vista a presunção absoluta estabelecida no direito penal por meio do estupro de vulnerável. De mais a mais, a manutenção da gravidez em crianças ocasiona riscos à sua saúde física e psicológica, violando o direito à integridade física. No caso mais recente, o laudo médico indicou riscos como anemia grave, pré-eclâmpsia, maior chance de hemorragias e até histerectomia, ao passo que o laudo psicológico apontou medo, cansaço e tristeza (5).

Pode-se questionar se a criança teria autonomia para decidir manter a gravidez. Trata-se de questionamento sensível. Crianças são pessoas em desenvolvimento e, por essa razão, devem ser protegidas para que se desenvolvam enquanto seres livres, criativos, dialógicos. Trata-se de desenvolvimento contínuo rumo a uma vivência autônoma e digna, de tal maneira que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê o princípio da autonomia progressiva, permitindo a participação gradual e gradativa das crianças, na maior medida do possível, nas decisões que afetam suas vidas (7). Nesse sentido:

A maior ou menor autonomia jurídica vai depender do maior ou menor amadurecimento psicológico da jovem. Situações haverá em que ela estará pronta para decidir, outras, apenas para participar do processo de decisão e, por fim, situações em que não estará pronta quer para participar do processo decisório, quer para decidir. Nesse último caso, a decisão ficará a cargo dos representantes legais, no melhor interesse da criança ou do adolescente (19).

O grande problema na tomada de decisão acerca da manutenção ou interrupção da gravidez é que essa decisão está permeada por um contexto de violência física e psicológica, bem como relações de poder e dominação. Além disso, a compreensão do significado do estupro, da manutenção ou interrupção da gestação, dos impactos de cada uma dessas escolhas, são aspectos altamente intrincados, mesmo para mulheres adultas e capazes. Assim, entende-se que somente hipóteses excepcionais podem justificar a manutenção da gestação em crianças, a ser avaliada por equipe multidisciplinar composta por médicos, psicólogos e assistentes sociais que demonstrem, de maneira robusta, que a interrupção da gravidez causaria um dano maior que a sua manutenção. Nesse sentido, os vídeos divulgados pelo *The Intercept Brasil* (5) demonstram com clareza o estado de incompreensão da menina violentada, causando uma situação de revitimização que deveria ser rechaçada a todo custo, especialmente tendo em vista a vulnerabilidade da criança.

Mas, e em relação aos pais, titulares da autoridade parental e representantes legais dos filhos menores? Teriam eles o poder para decidir sobre a interrupção ou manutenção da gestação? Recordase que o Código Penal brasileiro direciona o consentimento ao aborto aos representantes legais no caso de gravidez em menores de idade (3). A autoridade parental deve ser vista como um *munus* atribuído aos pais com a finalidade de orientar a criação dos seus filhos. O direito estabelece uma série de poderes-deveres que servem como parâmetros ao exercício da autoridade parental, razão pela qual não se pode falar em um espaço de autonomia – ao menos em seu sentido mais clássico e negocial. Em síntese, sempre que houver a efetivação de direitos fundamentais, pode-se falar em exercício legítimo da autoridade parental, razão pela qual não existe uma relação de oposição ao princípio do melhor interesse na criança, mas de complementariedade ou conformação. Desse modo, reafirma-se que não há um conflito entre o princípio do melhor interesse da criança e autoridade parental, uma vez que ambos almejam o mesmo fim. O que pode acontecer é uma dissonância quanto ao conteúdo dessas normas, haja vista sua abertura semântica.

Entende-se que nos casos de gravidez na infância não se pode utilizar a autonomia como parâmetro preponderante para solução dos casos em análise, uma vez que são pessoas que estão desenvolvendo as competências necessárias para a tomada de decisão. Todavia, a Bioética não se resume a esse princípio (20). Defende-se, portanto, a necessidade de se utilizar como parâmetro os princípios da beneficência e da não-maleficência. *Grosso modo*, entende-se que o princípio da beneficência “refere-se à obrigação moral de agir em benefício de outros”, aproximando-se de uma abordagem paternalista, enquanto o princípio da não-maleficência “determina a obrigação de não infligir dano intencionalmente” (21). Assim, deve-se verificar a possibilidade de dano causado pela manutenção da gestação em contraponto à sua interrupção, somado à participação, na maior medida do possível, da criança na tomada de decisão.

Aspectos médicos

O marco temporal para o abortamento legal

No primeiro caso apresentado, as razões levantadas pelo centro de referência da região Sudeste para não realizar o aborto foram no sentido de que seguiram as orientações do Ministério da Saúde que somente permite o abortamento humanizado quando a mulher está com até 22 semanas de gestação e o feto pesando até 500 gramas (2). A lei não estabelece esses limites (3). No caso, o feto excedia em 37 gramas o suposto limite. No segundo caso, a equipe médica do hospital de referência no serviço de abortamento legal de Santa Catarina se recusou a realizar a interrupção legal da gravidez sob o fundamento que as normas internas do hospital apenas permitiriam o aborto até 20 semanas de gestação (5).

A Portaria do Ministério da Saúde nº 2.561/2020, norma que atualmente regulamenta o procedimento para o aborto legal, não faz menção a nenhum limite temporal gestacional (22). Somente em manual publicado em 2022 pelo Ministério da Saúde, intitulado *Atenção técnica para prevenção, avaliação e conduta nos casos de abortamento*, é que a fixação do limite é encontrada. No referido manual, o abortamento é definido como a interrupção da gravidez ocorrido entre a 20ª e a 22ª semana, desde que o feto pese menos que 500 gramas. Ainda, o Ministério da Saúde afirma que, “sob o ponto de vista médico, não há sentido clínico na realização de aborto com excludente de ilicitude em gestações que ultrapassem 21 semanas e 6 dias”. E, por fim, recomenda a “manutenção da gravidez com eventual doação do bebê após o nascimento é a conduta recomendada” (23).

Apesar dessas regras, deve-se questionar se o Ministério da Saúde ou hospitais possuem competência para estabelecer requisitos limitantes e incompatíveis com a legislação brasileira vigente, a qual permite o aborto legal nas hipóteses mencionadas sem condicionar o exercício de tal direito subjetivo a marcos temporais ou condições qualitativas do feto, a exemplo do peso. Normas administrativas não podem cercear direitos fundamentais, criando vedações ou obstáculos a partir de fundamentos que não encontram previsão na legislação *stricto sensu*. Tais normas devem ser necessariamente subordinadas a uma lei anterior e possuem a finalidade exclusiva de complementação e aclaramento da legislação. Como salienta Di Pietro (24), “o ato normativo não pode contrariar a lei, nem criar direitos, impor obrigações, proibições, penalidades que nela não estejam previstos, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade”. Assim, pode-se concluir que as portarias do Ministério da Saúde não podem ser consideradas leis em sentido estrito, uma vez que não são oriundas do processo legislativo, tampouco podem regulamentar situações *contra* ou *ultra legem*.

Nesse sentido, faz-se necessário descortinar os limites normativos dessas portarias, normas e orientações internas. O máximo que pode ser reconhecido se refere ao poder regulamentar dos órgãos do Executivo de minudenciar a lei, facilitando sua execução ou, então, compreender que sua regulamentação técnica é tão somente de orientação, respeitando-se o princípio da legalidade. Assim, conclui-se que não há nenhum fundamento legislativo para a imposição do limite temporal ou qualitativo para os casos previstos em lei para interrupção da gestação, visto que o médico que realiza o aborto está também amparado pela excludente de ilicitude do Código Penal, independentemente do momento gestacional em que a vítima se encontra (3). Portarias, orientações e manuais do Ministério da Saúde, bem como as normas internas dos hospitais que se recusarem ou condicionarem o exercício do direito ao aborto legal são claramente ilegais, uma vez que restringem direitos fundamentais conquistados sem qualquer fundamento jurídico legítimo, devendo, inclusive, ser responsabilizados penal e civilmente pelo descumprimento da lei e pelos danos causados à gestante e aos familiares.

Objeção de consciência

A medicina, afinal, é uma ciência exata? Até que ponto o argumento da objeção de consciência pode servir para tomada de decisões médicas? Uma vez permitido o aborto em casos específicos, previstos em lei, há que se perquirir se alguns centros de atendimento credenciados para essa finalidade estão cumprindo o seu papel legal (4).

Em artigo intitulado *Conscientious objection to legal abortion in Minas Gerais State*, os autores desnudam as imperfeições do programa criado pelo Sistema Único de Saúde (SUS) para dar assistência a pacientes para realização de abortamentos previstos em lei e que envolve situações tão complexas como os casos apresentados (25). No referido trabalho, foram levantados dados das 87 instituições credenciadas pela Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais (SES/MG) para atendimento às vítimas de violência sexual no estado. Segundo os resultados apresentados, verificou-se que, apesar de serem serviços credenciados com tal finalidade, em 11% deles não há médicos para o atendimento ao aborto legal e, em 31%, não há o fornecimento de treinamento específico para esse tipo de atendimento. Cerca de 83% das pacientes desejosas de fazer aborto legal que procuraram esses serviços não tiveram seu pedido atendido. Das razões alegadas para a não realização do aborto, a principal delas (57%) foi a objeção de consciência religiosa por parte de médicos servidores da instituição.

A questão do aborto previsto em lei é uma situação não resolvida no Brasil. Para onde essas gestantes devem ser encaminhadas e quem deve atendê-las são questões sem respostas, pois alguns hospitais se negam a efetuar os referidos atendimentos e muitos profissionais alegam objeção de consciência para não se comprometerem a executar a interrupção da gestação. Como credenciar médicos que exercerão objeção de consciência em serviços que se voltam, justamente, ao atendimento de mulheres vitimadas pela violência sexual e buscam o abortamento? Sendo um profissional do SUS e não estando no exercício de atividades em clínica privada, seria possível tal objeção? Esse modelo de contratação não estaria a viabilizar o descumprimento de uma determinação legal por via transversa? (4).

A objeção de consciência, prevista no Código de Ética Médica (26), é um direito do médico que, em razão de suas convicções religiosas, éticas, sociais ou morais, se nega a realizar procedimento ou atendimento que não são a elas condizentes. Assim, a mulher grávida em decorrência de estupro muitas vezes não recebe a assistência adequada e recorre a clínicas clandestinas para realizar a interrupção da

gravidez, expondo-se a riscos que podem ser fatais ou, então, segue com a gestação, embora esta possa não ser desejada.

Nesse sentido, o Ministério da Saúde publicou a Norma Técnica de Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência contra as Mulheres e Adolescentes (27), objetivando contribuir para o planejamento e a execução de ações que resultem na melhoria da qualidade da atenção à saúde da população que sofre esse tipo de violência. A Norma Técnica estabelece o seguinte:

Com relação ao aborto, o Governo brasileiro é signatário de documentos de Conferências das Nações Unidas que o consideram grave problema de saúde pública (Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo, em 1994) e recomendam que os países revisem as leis que penalizam a prática do aborto considerado inseguro, isto é, que traz riscos para a vida e a saúde da mulher (Plano de Ação da Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Beijing, em 1995). Nesse sentido, é necessário garantir a qualidade e a ampliação dos serviços de referência para a realização do aborto previsto em lei e assegurar que as mulheres que chegam aos serviços de saúde em processo de abortamento sejam atendidas de forma humanizada e com tecnologia adequada, evitando assim o risco de adoecimento e morte (27).

Visando a atingir esses objetivos, serviços de referência foram credenciados pelo SUS para dar essa assistência às pacientes vitimizadas, amparadas pelo Estado, aqui representado pelas instituições prestadoras da assistência. Entretanto, a questão da objeção de consciência parece não ter sido devidamente levada em consideração pelo SUS ao credenciar um serviço cuja premissa seria garantir a realização do aborto previsto em lei, com qualidade e segurança, e que, portanto, deve ter na sua equipe profissionais médicos não objetores (4).

Em *Conscientious objection to legal abortion in Minas Gerais State*, os autores relatam que, nos serviços credenciados avaliados, esta foi a principal causa de recusa para a não assistência às pacientes. Mesmo assim, caso fossem objetores, seria dever do profissional acolher, esclarecer e encaminhar as pacientes para serviços onde o procedimento seria efetivamente realizado ou, então, garantir a sua assistência por outro profissional da instituição. Nesse sentido, faz-se importante alertar o profissional objetor que realiza o atendimento dessas pacientes, assim como em todas as demais situações médicas, que se abstraia das convicções motivadoras de sua objeção de consciência e norteie suas condutas e atitudes para benefício dos doentes, mas nunca para prejuízo deles ou com propósitos escusos, conforme rezam os bons princípios da medicina hipocrática: “Não permitirei que considerações de religião, nacionalidade, raça, partido político, ou posição social se interponham entre o meu dever e o meu Doente” (28). Assim, faz-se necessário que o SUS reveja a forma de credenciamento de centros de referência desta natureza e leve estes aspectos em consideração, seja na seleção de pessoal, seja na escolha das instituições que albergarão os serviços, priorizando aquelas que têm sinergismo com os propósitos do programa, sob pena de se configurar verdadeira violência obstétrica por omissão.

O relato sobre os centros de referência de Minas Gerais representa apenas a *ponta do iceberg* de um problema muito mais extenso e complexo. Credenciar serviços de referência sem o devido cuidado com o preparo das instituições credenciadas, utilizando critérios políticos para repartir os recursos do SUS, não solucionará o problema e não resultará na melhoria do sistema. As mulheres brasileiras continuarão desassistidas na maior parte das vezes (4). Medidas recentemente propostas, a exemplo daquelas contidas na Portaria do Ministério da Saúde nº 2.561, de 23 de setembro de 2020, como comunicar o fato à autoridade policial responsável; preservar possíveis evidências materiais do

crime de estupro a serem entregues imediatamente à autoridade policial ou aos peritos oficiais; incluir o anestesista na equipe de saúde multiprofissional, são apenas medidas para mudar o foco do problema e dificultar a atuação dos profissionais da saúde verdadeiramente envolvidos com essas questões (22).

A referida Portaria foi repudiada por diversas Sociedades Médicas como a Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (Febrasgo) (29) e colegiados oficiais como Conselho Nacional de Saúde (30) e o Conselho Nacional dos Direitos Humanos (31). Após os protestos, uma nova portaria foi publicada (32), mas não alterou a essência da proposta original, apenas regulamentou as diretrizes para a comunicação externa dos casos de violência contra a mulher às autoridades.

Seria mais adequado valorizar as instituições já credenciadas que cumprem adequadamente sua missão, de forma segura, profissional e, sobretudo, humanizada. No caso das mulheres e adolescentes vítimas de violência sexual, a promoção do conhecimento técnico científico aliado à sensibilização dos profissionais de saúde e o credenciamento de instituições verdadeiramente engajadas nesta causa são as melhores opções do SUS para elevar a qualidade do atendimento e dar solução definitiva para esse reconhecidamente grave problema de saúde pública no Brasil.

Conclusão

A interrupção da gestação nos casos de estupro de vulnerável, hipótese aplicável aos casos aqui analisados, é direito fundamental, garantido expressamente por lei, sem qualquer condicionante temporal ou qualitativa, não importando se o autor do crime é imputável ou não.

Nos casos de gravidez em crianças, a sua interrupção legal deve ser compreendida *prima facie* como o curso de ação que mais se adequa ao princípio do melhor interesse da criança, uma vez que a gestação na infância, por si só, já configura a violação de um direito fundamental.

A maior ou menor autonomia da criança vai depender do seu maior ou menor amadurecimento psicológico e da sua competência para tomada decisões, a ser avaliada por equipe multidisciplinar. Situações haverá em que ela estará pronta para decidir, outras, apenas para participar do processo de decisão e, por fim, situações em que não estará pronta quer para participar do processo decisório, quer para decidir. Nesse último caso, a decisão ficará a cargo dos representantes legais, no melhor interesse da criança, tendo em vista que a autoridade parental é compreendida como um *munus*.

Em relação aos prazos e critérios oriundos de portarias e regulamentos internos do Ministério da Saúde e de Centros de Saúde, esses não têm legitimidade para restringir o exercício de direitos fundamentais, não podendo ser utilizados como fundamento para a recusa da interrupção de gestação nos casos permitidos pela legislação.

Por outro lado, a objeção de consciência é um direito do médico, havendo, contudo, exceções: situações de ausência de outro médico em casos de urgência ou emergência, ou em casos de probabilidade de danos à saúde da paciente. Assim, entende-se que a autonomia do médico não pode se sobrepor ao direito fundamental de interrupção da gravidez. Especialmente em se tratando de médicos do Sistema Único de Saúde, estando devidamente credenciados e vinculados a centros de referência em abortamento, entende-se que não há espaço de liberdade para o exercício da objeção de consciência, uma vez que estaria a viabilizar o descumprimento de uma determinação legal por via transversa.

Conflito de interesses

Os autores declaram que não há conflito de interesses.

Contribuição dos autores

Todos os autores contribuíram igualmente com a concepção, redação, revisão e aprovação da versão final do artigo.

Referências

1. Oliveira J. Estuprada desde os 6, grávida aos 10 anos e num limbo inexplicável à espera por um aborto legal [Internet]. El País Brasil; 2020 [citado em 13 jul. 2022]. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-08-15/estuprada-desde-os-6-gravida-aos-10-anos-e-num-limbo-inexplicavel-a-espera-por-um-aborto-legal.html>
2. Menina de 10 anos estuprada pelo tio no Espírito Santo tem gravidez interrompida. G1 [Internet]; 2020 [citado em 13 jul. 2022]. Disponível em: <https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2020/08/17/menina-de-10-anos-estuprada-pelo-tio-no-es-tem-gravidez-interrompida.ghtml>
3. Brasil. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940 [citado em 13 jul. 2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm
4. Sá MFS. The role of medicine in protecting the vulnerable: between sexual violence and conscious objection. *Rev Bras Ginecol Obstet.* 2020; 42:687-689.
5. Guimarães P, Lara B, Dias T. Suportaria ficar mais um pouquinho? [Internet]. The Intercept Brasil; 2022 [citado em 13 jul. 2022]. Disponível em: <https://theintercept.com/2022/06/20/video-juiza-sc-menina-11-anos-estupro-aborto/>
6. Borges C, Batistela C. Menina de 11 anos que foi estuprada em SC consegue fazer aborto, diz MPF. [Internet]. Globo, 2022 [citado em 13 jul. 2022]. Disponível em: <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2022/06/23/menina-de-11-anos-que-foi-estuprada-em-sc-consegue-fazer-aborto-diz-mpf.ghtml>
7. Brasil. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 13 de julho de 1990 [citado em 13 jul. 2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm
8. Pereira TS, Melo CS. Infância e juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988. *Revista da EMERJ.* 2003; 6(23):252-271.
9. Colucci CFP. Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro [Dissertação]. São Paulo: Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, 2014. 261 fls.
10. Gustin MBS, Dias MTF, Nicácio CS. (Re)pensando a Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática. 5ª ed. São Paulo: Almedina; 2020. 330 p.
11. Faria AAM, Viana T. Maioridade Sexual: por uma idade de consentimento sexual pautada na tutela de bens jurídicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* 2016; 118:15-54
12. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Brasília, DF: STF, 2008 [citado em 13 jul. 2022]. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/adpf54audiencia.pdf>
13. Brasil. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, 21 de novembro de 1990 [citado em 13 jul. 2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm
14. Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Presidência da República, 2016 [citado em 13 jul. 2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
15. Dworkin R. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.
16. Hart H. O conceito de Direito. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes; 2012. 399 p.
17. Martins-Costa J. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa.* 1998; 35(139):5-22.
18. Sá MFF, Oliveira LC. A morte como o melhor interesse da criança: uma proposta a partir dos casos Charlie Gard e Alfie Evans. *Rev Bio y Der.* 2020; 48:177-191.
19. Lima TMML, Sá MFF. Ensaio sobre a Infância e a Adolescência, 2ª ed. Belo Horizonte: Arraes Editores; 2019. 99 p.
20. Puyol A. Hay bioética más allá de la autonomía. *Revista de Bioética y Derecho.* 2012; 25:45-58.
21. Beauchamp T, Childress J. Princípios de ética biomédica. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola; 2013. 574p.
22. Brasil. Ministério da Saúde. Portaria nº 2.561, de 23 de setembro de 2020. Dispõe sobre o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde-SUS. Brasília, 24 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/->

[/portaria-n-2.561-de-23-de-setembro-de-2020-279185796](#)

23. Brasil. Ministério da Saúde Secretaria de Atenção à Saúde Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Atenção técnica para prevenção, avaliação e conduta nos casos de abortamento. Brasília: Ministério da Saúde, 2022. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_avaliao_conduta_abortamento_2ed.pdf

24. Di Pietro MSZ. Direito administrativo. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense; 2019. 1103p.

25. Mendes RWM et al. Conscientious Objection to Legal Abortion in Minas Gerais State. Rev. Bras. Ginecol. Obstet. 2020; 42(11):746-751.

26. Conselho Federal de Medicina. Código de ética médica: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>

27. Brasil. Ministério da Saúde Secretaria de Atenção à Saúde Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Prevenção e tratamento das lesões decorrentes da violência sexual contra mulheres e adolescentes: norma técnica. 3ª ed. Brasília: Ministério da Saúde; 2012.

28. Sandoval ORB. O Juramento de Hipócrates – Por: Ovídio Rocha Barros Sandoval, Vice-Presidente do Conselho Consultivo da FAEPA. Blog: Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, em: <https://www.fmrp.usp.br/pb/arquivos/3652>

29. Febrasgo. Posicionamento Febrasgo - Portaria Nº 2.561 sobre procedimento e autorização da interrupção da gravidez nos casos previstos em lei. [Internet]. [citado em 11 jul. 2022]. Disponível em: <https://www.febrasgo.org.br/pt/noticias/item/1132-posicionamento-febrasgo-portaria-n-2-561>

30. Brasil. Conselho Nacional de 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. [citado em 11 jul. 2022]. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/images/Recomendacoes/20/Reco064.pdf>

31. Brasil. Conselho Nacional dos Direitos Humanos. Recomendação nº 20, de 10 de dezembro de 2020. Recomenda a revogação da Portaria nº 2.561/2020, do Ministério da Saúde, que trata sobre o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez, e outras providências na defesa dos direitos das mulheres e das meninas. [citado em 11 jul. 2022]. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-de-direitos-humanos-cndh/Recomendaon20.pdf>

32. Brasil. Portaria GM/MS nº 78, de 18 de janeiro de 2021. Altera a Portaria de Consolidação GM/MS nº 4, de 28 de setembro de 2017, para dispor sobre as diretrizes para a comunicação externa dos casos de violência contra a mulher às autoridades policiais, no âmbito da Lei nº 10.778, de 24 de novembro de 2003. [citado em 11 jul. 2022]. Disponível em: <https://brasilsus.com.br/index.php/pdf/portaria-gm-ms-no-78/>

Como citar

Sá MFS, Sá MFF, Oliveira LC. Interrupção legal da gravidez em crianças no Brasil: o princípio do melhor interesse nas veredas do direito, da medicina e da ética. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2023 jan./mar.;12(1):24-36 <https://doi.org/10.17566/ciads.v12i1.959>

Copyright

(c) 2022 Marcos Felipe Silva de Sá, Maria de Fátima Freire de Sá, Lucas Costa de Oliveira.

