

COLENDA 3ª TURMA
EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Agravo de Instrumento n.º 5013417-43.2024.4.04.0000

Relator: DES. FEDERAL CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR

Agravante: CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM

Agravados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE SAUDE

SOCIEDADE BRASILEIRA DE BIOETICA - SBB

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, por seu agente, nos autos do processo em epígrafe, vem apresentar **AGRADO INTERNO**, com fundamento no art. 1.021 do CPC, em face da decisão (evento 6) que deferiu o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

1. Relatório

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM contra decisão proferida no e. 10 dos autos originários, por meio da qual o magistrado *a quo* deferiu o pedido do MPF e concedeu liminar “para suspender os efeitos da Resolução n. 2.378/2024 do CFM, não podendo a mesma ser utilizada para obstar o procedimento de assistolia fetal em gestantes com idade gestacional acima de 22 semanas, nos casos de estupro, mediante o consentimento seu ou, quando incapaz, de seu representante legal; tampouco para punição disciplinar dos médicos que o realizarem, até ulterior deliberação”. Segue trecho da decisão agravada (e. 10, origem):

(...)

3. Tutela de Urgência.

Para a concessão da tutela de urgência, o legislador exige a concorrência de dois pressupostos: (i) a probabilidade do direito; e (ii) o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. A ausência de um destes pressupostos tem o condão de prejudicar, por inteiro, a concessão da

tutela de urgência (art. 300 do CPC).

A Administração Pública, por meio de resoluções, portarias, deliberações e instruções tem o poder normativo para expedir instruções para a execução de leis, decretos e regulamentos, com alcance limitado ao âmbito de atuação do órgão expedidor.

Todavia, conforme preleciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro (in Direito Administrativo, 13ª Edição, Ed. Atlas, 2001, p. 89), 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 (art. 5º, II, e 37, caput, da Constituição).

Assim, atos administrativos não podem restringir direitos previstos na lei de regência, tampouco criar proibição não prevista em lei, sob pena de invasão de competência legislativa e abuso do poder regulamentador.

O Conselho Federal de Medicina foi instituído pelo Decreto-Lei 7.955/45, passando a constituir-se em autarquia pela Lei n. 3.268/57, segundo a qual:

Art . 2º O conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em tóda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente. (...)

Art 29. O Conselho Federal de Medicina baixará instruções no sentido de promover a coincidência dos mandatos dos membros do Conselhos Regionais já instalados e dos que vierem a ser organizados. (...)

Art . 35 O Conselho Federal de Medicina elaborará o projeto de decreto de regulamentação desta lei, apresentando-o ao Poder Executivo dentro em 120 (cento e vinte) dias a contar da data de sua publicação.

A Lei n. 12.842/13, que dispõe sobre o exercício da Medicina, refere que:

Art. 1º O exercício da Medicina é regido pelas disposições desta Lei.

Art. 2º O objeto da atuação do médico é a saúde do ser humano e das coletividades humanas, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo, com o melhor de sua capacidade profissional e sem discriminação de qualquer natureza.

Art. 7º Compreende-se entre as competências do Conselho Federal de Medicina editar normas para definir o caráter experimental de procedimentos em Medicina, autorizando ou vedando a sua prática pelos médicos.

Parágrafo único. A competência fiscalizadora dos Conselhos Regionais de Medicina abrange a fiscalização e o controle dos procedimentos especificados no caput , bem como a aplicação das sanções pertinentes em caso de inobservância das normas determinadas pelo Conselho Federal.

Note-se que ao disciplinar o objeto de atuação do médico, a lei atribui especificamente ao CFM a edição de normas para definir apenas o caráter experimental de procedimentos em Medicina, autorizando ou vedando sua prática pelos médicos.

O CFM, em 03/04/2024, através da Resolução n. 2.378/24 (https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2024/2378_2024.pdf) estabeleceu que:

Art. 1º É vedado ao médico a realização do procedimento de assistolia fetal, ato médico que ocasiona o feticídio, previamente aos procedimentos de interrupção da gravidez nos casos de aborto previsto em lei, ou seja, feto oriundo de estupro, quando houver probabilidade de sobrevida do feto em idade gestacional acima de 22 semanas.

Entre os considerandos da referida norma, constam as disposições do art. 128, I e II do CP, segundo o qual:

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.

Cabe analisar, no âmbito desta Ação Civil Pública, como já referido em preliminar, o aspecto da validade e legalidade da referida norma regulamentadora.

No Direito Brasileiro, a regulamentação legal do aborto se dá apenas no Código Penal acima transrito, que exclui a ilicitude do aborto no caso de gravidez resultante de estupro, mediante o consentimento da gestante ou seu representante legal, quando for o caso.

Vale referir que, a lei que rege o CFM, assim como a lei do ato médico não outorgaram ao Conselho Federal a competência para criar restrição ao aborto em caso de estupro.

Assim, não havendo lei de natureza civil acerca do aborto, tampouco restrição na lei penal quanto ao tempo de gestação, não pode o CFM criar, por meio de resolução, proibição não prevista em lei, excedendo o seu poder regulamentar.

Nesse sentido:

(...)

Assim, em análise sumária, resta demonstrada a probabilidade do direito diante da ausência de competência do Conselho Federal de Medicina para criar restrição ao aborto em casos de estupro.

A urgência, no caso, restou demonstrada através notícia veiculada na inicial de 4 mulheres e meninas gestantes, decorrentes de estupro, em idade gestacional acima de 22 semanas que não puderam efetuar o procedimento em face da edição da resolução objeto da presente demanda.

Por fim, ressalto que a abrangência da presente decisão é de âmbito nacional tendo em vista a decisão no Tema 1075 do STF (Relator(a): MIN. ALEXANDRE DE MORAES Leading Case: RE 1101937):

I - É inconstitucional a redação do art. 16 da Lei 7.347/1985, alterada pela Lei 9.494/1997, sendo represtinada sua redação original. II - Em se tratando de ação civil pública de efeitos nacionais ou regionais, a competência deve observar o art. 93, II, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). III - Ajuizadas múltiplas ações civis públicas de âmbito nacional ou regional e fixada a competência nos termos do item II, firma-se a prevenção do juízo que primeiro conheceu de uma delas, para o julgamento de todas as demandas conexas.

Ante o exposto, defiro o pedido liminar para suspender os efeitos da Resolução n. 2.378/2024 do CFM, não podendo a mesma ser utilizada para obstar o procedimento de assistolia fetal em gestantes com idade gestacional acima de 22 semanas, nos casos de estupro, mediante o consentimento seu ou, quando incapaz, de seu representante legal; tampouco para punição disciplinar dos médicos que o realizarem, até ulterior deliberação.

O agravante aduziu, em síntese, conforme relatado ao evento 06, que: “ a) há incompetência absoluta do juízo agravado e ausência de interesse de agir; b) a decisão agravada é nula, pois usurpou a competência do Supremo Tribunal Federal para exercer o controle concentrado de norma jurídica em tese; c) a Resolução 2.378/2024 não viola a lei, mas apenas estabelece critérios éticos para a realização do procedimento de assistolia fetal, para interrupção da gravidez; d) o Código Penal não confere direito absoluto para que o profissional realize o aborto da forma como bem entender, o que impõe observar as normas éticas da profissão editadas pelo CFM; e) a assistolia fetal é procedimento cruel e bárbaro, que submete o feto a grave sofrimento; e f) a literatura médica e o direito comparado não recomendam o aborto após o período perinatal”.

Distribuído o feito no Tribunal, o Exmo. Relator entendeu por deferir o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso, nos seguintes termos (e. 06 dos autos):

O deferimento de efeito suspensivo ao agravo de instrumento

por decisão do relator, conforme previsto na regra do art. 995-parágrafo único do CPC, depende da presença simultânea de dois requisitos: (a) ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso; e (b) estar configurado risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, caso a decisão agravada produza efeitos imediatamente.

Julgo estarem presentes os requisitos necessários para a atribuição de efeito suspensivo ao recurso pelo seguinte.

Este é o artigo da Resolução CFM 2.378/24, ora questionado na ação civil pública:

Art. 1º É vedado ao médico a realização do procedimento de assistolia fetal, ato médico que ocasiona o feticídio, previamente aos procedimentos de interrupção da gravidez nos casos de aborto previsto em lei, ou seja, feto oriundo de estupro, quando houver probabilidade de sobrevida do feto em idade gestacional acima de 22 semanas.

Em 29/06/2022 foi ajuizada a ADPF 989, em que se questionam ações e omissões estatais que estariam impedindo a realização de aborto nas hipóteses autorizadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Foram formulados os seguintes pedidos: (i) declarar a constitucionalidade de qualquer ato administrativo do Ministério da Saúde que restrinja às gestações de até 22 semanas a possibilidade de realização de aborto nas hipóteses previstas pelo art. 128, I e II, do Código Penal e pela ADPF 54; (ii) declarar a omissão do Ministério da Saúde por não fornecer informações adequadas em seus canais de comunicação oficiais ou de atendimento ao público sobre os procedimentos para a realização de aborto nas hipóteses legalmente admitidas; e (iii) declarar a constitucionalidade de qualquer ação do Estado, especialmente do Ministério da Saúde e do Poder Judiciário, que implique burocracia ou barreiras, tal como exigências não previstas em Lei, para a realização de aborto nas hipóteses legais.

A referida ADPF foi proposta em decorrência da edição da Nota Técnica nº 44/2022-CGCTAB/DEPROS/SAPS/MS, que fixou em 21 semanas e 6 dias de gestação o prazo para o aborto legal.

Houve em medida cautelar, na ADPF 989, pedido de suspensão da Nota Técnica do Ministério da Saúde.

Em decisão proferida aos 30/06/2022 pelo Ministro Edson Fachin, a medida cautelar não foi de plano deferida pelos seguintes fundamentos:

[...]

O quadro narrado pelas requerentes é bastante grave e parece apontar para um padrão de violação sistemática do direito das mulheres. Se nem mesmo as ações que são autorizadas por lei contam com o apoio e acolhimento por parte do Estado, é difícil imaginar que a longa história de desigualdade entre homens e mulheres possa um dia ser mitigada.

Sem embargo da gravidade das alegações, nas ações de natureza estrutural, sobretudo quando invocam o reconhecimento de uma omissão, o art. 12-F da Lei 9.868, de 1999, recomenda a cautela de se proceder à oitiva dos órgãos responsáveis pela omissão, antes de se realizar ao exame da medida cautelar.

Por essa razão, intime-se o Ministério da Saúde e a Presidência da República, para, em cinco dias, prestarem as informações que entenderem pertinentes.

Em seguida, no prazo de três dias, ouça-se o Procurador-Geral da República.

Após, nova conclusão.

No curso da ADPF foi admitida a inclusão no processo de várias entidades, na condição de amici curiae.

Facultou-se a todos os admitidos a apresentação de informações, memoriais escritos nos autos e de sustentação oral por ocasião do julgamento definitivo do mérito da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O processo foi concluso ao Relator em 09/04/2024.

Ao que se vê, a controvérsia objeto da ação civil pública de origem guarda estreita identidade com aquela a ser enfrentada pelo STF, relacionada com a limitação temporal para a vítima de estupro poder submeter-se ao abortamento humanitário.

Em fevereiro de 2024 sobreveio a NOTA TÉCNICA CONJUNTA nº 2/2024-SAPS/SAES/MS, que anulou a NOTA TÉCNICA nº 44/2022-DAPES/SAPS/MS (0027713213) e tornou sem efeito o Manual “Atenção Técnica para Prevenção, Avaliação e Conduta nos Casos de Abortamento” de 2022.

Logo a seguir, porém, a nova Nota Técnica foi suspensa pela atual Ministra da Saúde do Brasil.

A questão relativa ao aborto é das mais complexas, dada a sua multidisciplinaridade, e por envolver dois bens de relevante valor: a) a vida do feto; e a) a vida da mulher vítima de estupro.

É importante também destacar que a própria decisão recorrida refere que houve o ajuizamento da ADPF 1.134, que questiona a Resolução ora em exame. O processo está concluso ao Ministro Relator.

Nesse contexto, não me parece oportuno que, em caráter liminar, e sem maiores elementos, o juízo de origem suspenda os efeitos de resolução do Conselho Federal de Medicina que trata de questão que: a) terá impacto nacional; b) está - ainda que sob outra roupagem - submetida a julgamento pelo STF; e c) e necessita de um debate mais amplo e aprofundado.

O que se busca agora evitar é que, por meio de decisão singular com eficácia e abrangência em todo o território nacional, seja suspensa norma que guarda relação com matéria objeto de

discussão em ADPF, e em relação à qual o STF não deferiu medida cautelar para suspender os efeitos do ato questionado.

Ademais, os casos específicos envolvendo a aplicação da Resolução 2.378/2024 do Conselho Federal de Medicina (CFM) poderão ser individualmente discutidos, considerando-se as circunstâncias particulares.

Por sua vez, cabe salientar que a liminar deferida na origem terá caráter irreversível - o que é vedado por força do art. 300, § 3º, do CPC-2015 - caso venham a ser levados a efeito os procedimentos de assistolia fetal sem que observadas as condições estabelecidas na Resolução CFM 2.378/24.

Ficando preservadas as situações individuais (em que os interessados poderão levar a questão ao Judiciário e obter tutela jurisdicional específica adequada ao caso concreto), e existindo regulamentação do órgão técnico competente (Conselho de Medicina), não parece prudente suspender a norma técnica em caráter amplo e geral mediante a liminar deferida nesta ação civil pública, parecendo oportuno que a questão seja melhor debatida, sempre com a possibilidade que os casos concretos tenham tratamento específico e individualizado.

Ante o exposto, defiro o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso, para fim de suspender os efeitos da decisão recorrida e, com isso, restabelecer os efeitos da Resolução nº 2.378/2024 do CFM, se por outro motivo não houver de ser suspensa.

Em face dessa decisão, o MPF interpõe o presente agravo interno.

2. Fundamentação

A atribuição de efeito suspensivo ao recurso depende da demonstração pelo recorrente da probabilidade de provimento do recurso e de restar configurado risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação.

Inicialmente, apesar de tramitar no STF a ADPF nº 989, por meio da qual as entidades autoras objetivam que seja reconhecido “o estado de coisas inconstitucional do sistema de saúde pública brasileiro quanto à realização do aborto legal nos casos de gestação decorrentes de estupro, para (i) declarar a inconstitucionalidade de qualquer ato administrativo do Ministério da Saúde que restrinja às gestações de até 22 semanas a possibilidade de realização de aborto nas hipóteses previstas pelo art. 128, I e II, do Código Penal e pela ADPF 54; (ii)

declarar a omissão do Ministério da Saúde por não fornecer informações adequadas em seus canais de comunicação oficiais ou de atendimento ao público sobre os procedimentos para a realização de aborto nas hipóteses legalmente admitidas; e (iii) declarar a constitucionalidade de qualquer ação do Estado, especialmente do Ministério da Saúde e do Poder Judiciário, que implique em burocracia ou barreiras, tal como exigências não previstas em Lei, para a realização de aborto nas hipóteses legais”, é preciso esclarecer que **não há decisão proferida no bojo da referida ação que limite ou vincule o juízo a quo ou o TRF4.**

Inclusive, veja-se que a Resolução nº 2.378/24 do CFM impugnada por meio da ACP originária é datada de 03/04/2024, sendo que a ADPF nº 989 fora ajuizada no STF em 29/06/2022, ou seja, por decorrência lógica a ACP e a ADPF sequer guardam o mesmo objeto.

2.1 – Da ausência de probabilidade de êxito do recurso

Em relação ao primeiro requisito para a concessão do efeito suspensivo, reforça-se os argumentos da inicial da ACP, que de forma técnica e minuciosa afasta a probabilidade de êxito do recurso:

“3. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Na origem, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, o CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE SAUDE e a SOCIEDADE BRASILEIRA DE BIOETICA – SBB ajuizaram ação civil pública que tem por objetivo provimento judicial visando à declaração de nulidade da Resolução CFM nº 2.378/24, que, a pretexto de regulamentar o ato médico, veda a realização de assistolia fetal em procedimentos de interrupção de gravidez resultante de estupro *quando houver probabilidade de sobrevida do feto em idade gestacional acima de 22 semanas.*

Isso porque, em 3 de abril de 2024, o Conselho Federal de Medicina publicou, no Diário Oficial da União, a Resolução CFM nº 2.378/24, a

qual, a pretexto de regulamentar o ato médico de assistolia fetal, restringe direitos fundamentais à saúde de meninas e mulheres vítimas de estupro que resulta em gravidez:

Art. 1º É vedado ao médico a realização do procedimento de assistolia fetal, ato médico que ocasiona o feticídio, previamente aos procedimentos de interrupção da gravidez nos casos de aborto previsto em lei, ou seja, feto oriundo de estupro, quando houver probabilidade de sobrevida do feto em idade gestacional acima de 22 semanas.

Art. 2º Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

De fato, ao olhar de alguém desavisado, aparentemente o CFM está apenas regulamentando um ato médico, mas o objetivo real, de limitar o aborto legal, fica muito claro ao analisar o seguinte trecho da Exposição de Motivos:

Considerando a bioética como valor inafastável dessa discussão, fundamentamos a justificativa desta resolução nos seguintes princípios: (...) **4) Autonomia: a opção pela interrupção da vida humana viável não pode ser compreendida de forma simplista como liberdade ou autonomia. De forma dialética e muito clara, a liberdade para encerrar uma vida humana potencialmente viável coloca-se também como tirania da vontade, gerando o extermínio forçado de uma outra vida;** **5) Responsabilidade:** a eliminação de vidas humanas viáveis promovida por uma flexibilização ou permissividade indevida do procedimento de assistolia fetal prévio ao abortamento configura claro desrespeito às gerações posteriores e coloca em perigo a identidade profissional da medicina, abrindo margem para consequências diversas que precisam de melhor análise ética, profissional, científica e social. (grifos acrescidos)

A Constituição da República prevê, enquanto direito fundamental, o direito à saúde (art. 6º, caput; art. 196), que, relativamente à criança e o adolescente, ganha prioridade absoluta (art. 227).

A gravidez por estupro afeta gravemente a saúde mental de meninas e mulheres, e, desde 1940, a legislação brasileira permite que elas interrompam a gestação resultante dessa violência (art. 128, II, do Código Penal), sem definir prazo específico para a realização do aborto. O Estado e a comunidade médica devem assegurar o acesso ao procedimento abortivo de forma segura, rápida e sem burocracia.

Quando o Conselho Federal de Medicina, ainda que indiretamente, estabelece uma Resolução que restringe o direito de meninas e mulheres vítimas de estupro ao aborto legal, nos termos previstos em Lei (art. 128, II, do Código Penal), vai de encontro aos limites da reserva legal e ultrapassa os limites de sua atuação.

Assim, verifica-se que a norma deve ser invalidada, uma vez que a um só tempo ofende princípios legais, constitucionais e convencionais e se mostra eivada de infindáveis vícios, melhor demonstrados a seguir.

3.a - Do Excesso de Poder Regulamentar

A Resolução CFM nº 2.378/24 foi expedida de forma ilegal, uma vez que o Conselho Federal de Medicina clara e arbitrariamente foi além dos poderes que a lei lhe conferiu.

3.a.1 Limites do dever-poder regulamentar:

No conjunto de competências da Administração Pública, posiciona-se a função administrativa regulatória, que, assim como as demais, submete-se ao regime caracterizado pela infralegalidade, que lhe impede de inserir normas jurídicas primárias no ordenamento.¹

Assim, por conceito, “o regulamento é o ato administrativo unilateral, veiculador de normas gerais e abstratas, destinado a complementar a disciplina contida em norma legislativa”.²

Não há, pois, possibilidade de se ultrapassar os horizontes da legalidade.

Excepciona-se a esse raciocínio os regulamentos autônomos, cujo fundamento é extraído diretamente da Constituição da República de 1988, mas

¹JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13 ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 34-36

²Idem, p. 329.

se restringem às hipóteses muito específicas previstas no seu art. 84, VI, às quais não se enquadra o presente caso.

Assim, restam os atos normativos regulamentares que se destinam exclusivamente a garantir a correta execução da lei, não podendo estabelecer disposições contra legem, ou ultra legem, dada a impossibilidade de inovar na ordem jurídica.

Dessa forma, a regulamentação da lei deve observar certos limites, dentre eles o de não criar restrições anômalas a direitos conferidos pelo Parlamento.

Ao, na prática, estabelecer um limite temporal para a realização do aborto legal por motivo de estupro, o Conselho Federal de Medicina extrapolou seu dever-poder regulamentar, incorrendo no que a doutrina classifica como excesso de poder.

3.a.2 Excesso de poder na expedição da Resolução CFM nº 2.378/24

Excesso de poder ocorre quando o agente público atua fora, além dos limites de sua competência administrativa.

No âmbito das atividades regulamentares, o excesso de poder se manifesta quando o agente ou órgão ultrapassa as fronteiras de suas atribuições legais, invadindo competências expressamente designadas a outro, configurando uma usurpação de função.

Alternativamente, pode-se observar o excesso de poder quando se arroga o exercício de atividades que a lei expressamente não lhe confere, demonstrando uma expansão indevida de sua esfera de ação.

É exatamente o caso. A conduta excedente afeta não apenas a relação entre os diferentes níveis hierárquicos dentro do próprio Conselho Federal de Medicina, mas aspectos aos quais a ele não cabe regular.

O dever-poder regulamentar a cargo do CFM é aquele que decorre da Lei nº 3.268/57, que define a sua missão institucional:

Art. 2º. O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em tóda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente.

A Lei não conferiu ao Conselho, de nenhum modo, poder regulamentar para, dentro do exercício da fiscalização ético-profissional, **restringir o direito ao aborto legal**, previsto no art. 128, inciso II, do Código Penal.

Como visto, são níveis distintos de poder normativo. E uma vez que o legislador não restringiu o próprio direito nem delegou poderes para que a administração pública o fizesse, não lhe é lícito limitar o direito reconhecido, de forma primária, pelo Parlamento.

Poderia o CFM, no exercício de sua função regulamentar, estabelecer a melhor técnica médica a ser observada no ato de assistolia fetal de modo a preservar os direitos à vida, à saúde e à privacidade da gestante, mas não limitar o direito em si mesmo, ainda mais sob alegadas justificativas éticas.

O Conselho assume ilegitimamente poderes normativos equiparáveis aos do Poder Legislativo, o que torna ilegal sua regulamentação, por não deter a legitimidade democrática do Parlamento (CR/88, art. 1º, parágrafo único).

O Poder Judiciário já teve oportunidade de afastar normas expedidas por órgãos que extrapolaram o poder regulamentar conferido pela Lei:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. IRMÃO MAIOR E INVÁLIDO. MORBIDADE PSÍQUICA - ESQUIZOFRENIA PARANOIDE. DOENÇA GRAVE - HIV. INVALIDEZ SUPERVENIENTE À MAIORIDADE. IRRELEVÂNCIA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA. EXCESSO DE PODER REGULAMENTAR. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(...)

3. No Direito brasileiro os chefes do Poder Executivo podem regulamentar a lei por meio de Decreto, facultando-se, ademais, à autoridade administrativa editar atos normativos administrativos gerais - como Portarias e Resoluções - com o intuito de disciplinar e instrumentalizar a boa aplicação da legislação que lhes é superior. Em ambos os casos as normas administrativas editadas não precisam, pois seria desperdício de tempo e papel, repetir, palavra por palavra, o que está na lei, desde que respeitem seus limites, principiologia, estrutura e objetivos. No que tange a essas normas administrativas, plenamente compatíveis com o regime constitucional brasileiro, cabe detalhar as obrigações e direitos estabelecidos na lei.

4. **O artigo 108 do Decreto 3.048/1991 extrapolou o poder regulamentar, pois criou um requisito para a concessão do benefício de pensão por morte ao filho ou irmão inválido, qual seja: que a invalidez ocorra antes dos vinte e um anos de idade.**

(...)

(STJ, REsp n. 1.551.150/AL, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/10/2015, DJe de 21/3/2016.)

PROCESSO CIVIL. RECURSO ADESIVO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA NÃO CARACTERIZADA. NÃO CONHECIMENTO. ADMINISTRATIVO. ENERGIA ELÉTRICA. CONTA DE DESENVOLVIMENTO ENERGÉTICO. LEI 10.438/2002. LEGITIMIDADE PASSIVA. VINCULAÇÃO ÀS FINALIDADES DESCritAS EM LEI. **EXCESSO DE PODER REGULAMENTAR.** ILEGALIDADE. COMPENSAÇÃO DE VALORES PAGO A MAIOR.

(...)

3. A Conta de Desenvolvimento Energético - CDE, criada pela Lei 10.483/02, caracteriza-se como encargo setorial pago pelas empresas de distribuição de energia elétrica para as finalidades previstas em lei.

4. **O excesso no uso do Poder Regulamentar pela Administração Pública caracteriza ilegalidade, permitindo, portanto, ao Poder Judiciário a intervenção quando provocado.**

5. O acréscimo, por Decretos, de finalidades à CDE em desacordo aos objetivos traçados na legislação de regência afigura-se ilegal, cabendo à ANEEL proceder ao recálculo da tarifa anual para o fim de excluir os valores destinados aos objetivos caracterizados como afronta ao escopo legal do encargo e, por fim, à concessionária competirá acatar a compensação dos valores de tarifas pagos a maior pela autora com futuros encargos decorrentes do consumo de energia elétrica. (TRF4, AC 5018883-47.2018.4.04.7107, TERCEIRA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 31/03/2023)

3.b - Da regulamentação legal da realização de interrupção voluntária da gravidez em caso de estupro e da ausência de limite de idade gestacional

O artigo 128, inciso II, do Código Penal brasileiro, ao permitir a interrupção voluntária da gestação em casos de estupro, reflete o compromisso do Estado com a proteção da dignidade e da integridade física e psíquica das meninas e mulheres que sofreram violência sexual.

O Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento Fundamental nº 54, ressaltou que a interrupção da gravidez decorrente de estupro é conduta lícita:

4.1 O caráter não absoluto do direito à vida. Inexiste hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos, o que é inquestionável ante o próprio texto da Constituição da República, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX. **Corrobora esse entendimento o fato de o Código Penal prever, como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade, o aborto ético ou humanitário – quando o feto, mesmo sadio, seja resultado de estupro.** Ao sopesar o direito à vida do feto e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele – e, até aqui, ninguém ousou colocar em dúvida a constitucionalidade da previsão (grifamos).

Não há nenhuma restrição no ordenamento jurídico sobre a idade gestacional para interrupção da gravidez nos casos previstos no art. 128 do Código Penal e igualmente para os casos de feto anencéfalo (ADPF 54).

E, como não poderia deixar de ser, trata-se de procedimento disponível pelo Sistema Único de Saúde, cuja Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher (2004) estabelece em suas prioridades a atenção para mulheres em situação de violência sexual e doméstica como uma das ações intersetoriais representativas dos direitos humanos.

A esse respeito, a NOTA INFORMATIVA Nº 17/2023-COSMU/CGACI/DGCI/SAPS/MS, emitida pelo Ministério da Saúde para instruir o Procedimento Preparatório nº 1.29.000.005368/2022-12, em tramitação na Procuradoria da República no Rio Grande do Sul:

Esta pasta afirma o dever do Poder Executivo em garantir a interrupção da gravidez nos casos previstos no Código Penal brasileiro que assegura o direito ao aborto em caso de gravidez resultante de estupro e quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, assim como nos casos previstos pela ADPF 54 que versa sobre a interrupção terapêutica da gestação de feto anencéfalo. O Ministério da Saúde deve garantir o acesso ao direito e ao cuidado integral das meninas, mulheres e pessoas com útero que, nas situações descritas no ordenamento jurídico, escolham interromper a gestação.

A ordem jurídica vigente não estabelece idade gestacional limite para realização da interrupção da gestação, e o Ministério da Saúde tem ciência do seu papel técnico, político e de gestão mediante a necessidade da atualização dos protocolos sobre o tema, da qualificação profissional, do acesso aos serviços de saúde em toda a linha de cuidado em relação à interrupção da gravidez nas diferentes etapas gestacionais.

Contudo, apesar de a norma ser absolutamente clara quanto ao direito da vítima de ter acesso ao procedimento de forma célere, eficiente e segura, os obstáculos fáticos impostos são inúmeros, o que resulta, muitas vezes, em avanço de idade gestacional, o que requer a realização de procedimentos médicos específicos e cientificamente indicados para cada etapa do processo.

É preciso ter bem claro que, em grande parte dos casos em que o aborto não é realizado antes da 22ª semana de gestação, isso se deve única e exclusivamente às barreiras existentes, sem qualquer relação com a vontade da menina ou mulher vítima de estupro.

A esse respeito, o Centro Brasileiro de Estudos de Saúde, em nota sobre a Resolução 2378/2024, destaca que “o acesso tardio ao aborto legal reflete a iniquidade na assistência, atingindo de forma desproporcional crianças (10-14 anos), mulheres pobres, pretas e moradoras da zona rural”.

De acordo com o estudo realizado por pesquisadoras do Programa de Pós-Graduação em Saúde Coletiva da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) que mapeou a oferta e a realização de abortos no Brasil, utilizando-se de dados públicos do ano de 2019, publicado na edição de dezembro do Caderno de Saúde Pública, periódico da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz):

Nesse sentido, a existência dos SRIGCPL (Serviços de Referência para Interrupção de Gravidez em Casos Previstos em Lei) que não realizaram qualquer aborto previsto em lei em 2019, além de falha de registro, pode indicar a presença de barreiras de acesso que estejam além da barreira geográfica, como o desconhecimento sobre a previsão do aborto nos casos excepcionais, sua oferta no SUS e os serviços que o realizam, pode apontar, ainda, medo da criminalização, ou mesmo vergonha pelo estigma do procedimento. Além disso, são relatadas barreiras organizacionais, como a exigência de Boletim de Ocorrência, laudo do Instituto Médico-Legal (IML) ou alvará judicial ; recusa dos profissionais de saúde em realizar o procedimento; e negativas por suspeição à palavra de quem busca por cuidado. É possível também que os estabelecimentos simplesmente não ofertem o serviço, ainda que estejam cadastrados para tanto. Essa não oferta foi constatada em 2013, quando uma pesquisa encontrou que apenas 37 dos 68 estabelecimentos cadastrados no Ministério da Saúde para oferta do aborto previsto em lei de fato ofertavam o serviço. Naquele momento, entretanto, não haviam sido instituídos os SRIGCPL. Mais

recentemente, em 2019, um levantamento encontrou ao menos 13 SRIGCPL que em contato telefônico declararam não realizar o procedimento. Por fim, vale apresentar que um dos SRIGCPL cadastrados é uma cooperativa não conveniada ao SUS, portanto, apenas nesse caso é natural que não haja registro de procedimento realizado no estabelecimento e financiado pelo sistema.

Pode ser destacado que o estabelecimento ter realizado de algum aborto previsto em lei naquele ano, não significa a oferta sustentada do serviço, ademais, nem todo estabelecimento com oferta abrange as três causas previstas no país. Merece atenção o fato de que em casos de risco de morte da gestante não é possível o estabelecimento ou o médico recusar-se a realizar a interrupção da gestação quando tem condições de prestar o atendimento. **Portanto, nas gestações decorrentes de estupro e nos casos de anencefalia as barreiras e objeções podem se fazer mais presentes.** (grifamos)

Na esteira do estudo transcrito, uma das barreiras de acesso ao serviço de interrupção para gravidez, mesmo nos casos admitidos em lei, é justamente o medo da criminalização e a indevida exigência, por estabelecimentos que prestam o serviço, de Boletim de Ocorrência ou decisão judicial, para além de negativas por suspeição à palavra de quem busca por cuidado.

Ainda, a respeito de violência sexual no Brasil, o 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública revela que em 2022 tivemos o maior número de registros de estupros da história e que 61,4% são praticados contra vulneráveis (crianças de zero a 13 anos de idade, incapazes de oferecer resistência) e em 64,4% desses casos a violência é praticada por familiares:



Destaca-se ainda a falta de acesso a estabelecimentos hospitalares aptos a realizarem o serviço, que implica em deslocamentos de

meninas e mulheres para realização do procedimento, ou em casos extremos a ausência de atendimento por falta de encaminhamento a hospitais credenciados.

No Brasil, há escassez de serviços de interrupção da gravidez nos casos previstos em lei, já que, de acordo com estudo realizado por pesquisadoras do Programa de Pós-Graduação em Saúde Coletiva da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), apenas 3,6% das cidades têm o serviço no país, o que dificulta o acesso ao direito previsto em lei e pode ser uma causa para que as mulheres vítimas de estupro só consigam se dirigir aos estabelecimentos que realizam o procedimento em idade gestacional mais avançada.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) fornece orientações inclusive para abortamento com idade gestacional superior a 20 semanas, apenas recomendando diferentes métodos de acordo com a idade gestacional (Abortamento seguro: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde, segunda edição).

De acordo com o Abortion care guideline, da Organização Mundial de Saúde, a gravidez pode ser interrompida com segurança independentemente da idade gestacional, e os limites de idade gestacional não são baseados em evidências para além de estarem relacionados ao aumento das taxas de mortalidade materna e maus resultados de saúde.

A frequente referência ao suposto limite de 22 (vinte e duas) semanas para realização do aborto decorre, em verdade, de uma falha na compreensão do conceito de aborto, ao se utilizar, como critério para definição do aborto intencional, parâmetros que se aplicam exclusivamente à conceituação do aborto espontâneo. No ponto, vale a transcrição de trecho da nota oficial da Rede Médica Pelo Direito de Decidir de 17 de agosto de 2020, intitulada “Cinco lições que o Brasil deve aprender com o caso da menina de apenas 10 anos do Espírito Santo”:

A principal diferenciação que aqui interessa é entre o aborto espontâneo e o aborto induzido. O aborto espontâneo é definido como “a expulsão dos produtos da concepção antes do termo da gravidez e

sem interferência deliberada" (MeSH, 1975; grifo nosso). Já o aborto induzido é a remoção intencional do feto do interior do útero por técnicas variadas" (MeSH, 1971; grifo nosso). **A intenção é o principal fator de diferenciação entre as duas condições clínicas. No Brasil, o conceito de aborto induzido é ignorado pela maioria dos livros textos nacionais e o conceito de aborto espontâneo é frequentemente associado ao peso fetal (500 gramas) e à idade gestacional (20-22 semanas).** Esse conceito também é equivocado por não contemplar os constantes avanços em terapia intensiva neonatal, que modificam o limite da viabilidade fetal. Esses equívocos históricos no Brasil levam às condutas inadequadas de médicos brasileiros em recusar o cuidado a meninas, adolescentes e mulheres que têm direito ao aborto e se apresentam aos serviços de saúde com gravidezes em idades gestacionais mais avançadas. (grifos aditados)

O resultado dessa conduta é a imposição de sofrimento e violação a direitos, especialmente, a mulheres, crianças e adolescentes que já se encontram em posição de vulnerabilidade social.

Novamente, nos termos do "Abortion care guideline", da OMS, vinte e um estudos realizados na Austrália, Bélgica, México, Nepal, África do Sul, Reino Unido e Estados Unidos da América, com o objetivo de identificar os impactos dos limites de idade gestacional em solicitantes de aborto e profissionais de saúde, mostraram que quando as mulheres solicitam o aborto e não recebem atendimento devido à idade gestacional, isso pode resultar na continuação indesejada da gravidez, causando dor e sofrimento substancial à mulher, independentemente da viabilidade da gravidez.

Os estudos apontados no documento da OMS também demonstraram que mulheres com deficiência cognitiva, adolescentes, mulheres mais jovens, mulheres que precisam viajar para abortar, mulheres com dificuldade financeira e mulheres desempregadas foram desproporcionalmente impactadas pela imposição de idade gestacional limite para a interrupção da gravidez.

3.c - Ausência de razões científicas que exijam a limitação temporal imposta pelo CFM

Do ponto de vista do conhecimento científico, **não há limites temporais para a realização do aborto induzido.**

Ao contrário, a Organização Mundial da Saúde (OMS), que lidera os esforços globais e orienta as políticas públicas de seus Estados-membros para garantir o mais alto nível de saúde a todas as pessoas, definiu o aborto induzido, na 11ª revisão da Classificação Internacional de Doenças (CID-11), como "expulsão ou extração completa de um embrião ou feto (**independentemente da duração da gravidez**) decorrente da interrupção deliberada de uma gravidez em curso por meios medicamentosos ou cirúrgicos, que não tem a intenção de resultar em um nascido vivo".

A própria OMS recomenda que os Estados deveriam direcionar esforços para a eliminação dos limites de idade gestacional em suas leis:

Limites da idade gestacional	
3 (LP)	Desaconselhar leis e outras regulamentações que proibam o aborto com base nos limites da idade gestacional.

A indução de assistolia fetal (IAF) faz parte do espectro de cuidados em aborto em gestações mais avançadas, e é recomendada pela OMS a partir de 20 semanas de gravidez.

Neste contexto que se insere a Resolução aqui atacada, a qual busca indiretamente inviabilizar, na prática médica, a realização do procedimento de interrupção da gravidez, a partir de idade gestacional de 22 semanas, vedando o uso de técnica médica de assistolia, etapa integrante do procedimento previsto em gravidezes mais adiantadas.

Foi nesse sentido o esclarecimento feito pela Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia - FEBRASGO, em nota oficial a respeito da Resolução nº 2.738/2024, pontuando, justamente, que a normativa do CFM:

Nos termos atuais da Resolução, o CFM **acaba proibindo a realização de abortos após as 22 semanas, uma vez que a realização da indução de assistolia fetal é procedimento necessário e essencial para o adequado cuidado ao aborto**. Com isto, o CFM estabelece restrições ilegais ao acesso ao aborto, estabelecendo limites de tempo gestacional para o procedimento, no Brasil – restrições estas que não encontram respaldo na legislação atual, além de desconsiderar paradigmas importantes de Direitos

Humanos, expressos em Tratados e Convenções Internacionais dos quais o Brasil é signatário. acaba proibindo a realização de abortos após as 22 semanas, uma vez que a realização da indução de assistolia fetal é procedimento necessário e essencial para o adequado cuidado ao aborto. (grifamos)

Assim também se posicionou a Rede Médica Pelo Direito de Decidir, na Nota de Posicionamento Contrária à Resolução CFM nº 2.378/2024:

Na contramão das evidências científicas e diretrizes mais atuais da OMS, **proibição aos médicos da indução da assistolia fetal pelo CFM inviabiliza a prática desse direito reprodutivo nos serviços de aborto legal.** Além de ilegal, imposição de limites de tempo gestacional ao aborto nos casos de estupro viola os direitos humanos das crianças e mulheres brasileiras, como o direito à vida, o direito à privacidade, o direito à saúde e o direito a não ser submetida a tratamento desumano e degradante. (grifamos)

Em manifestação na ADPF 989, em trâmite perante o STF, o Ministério da Saúde afirmou expressamente que:

Mas, ao contrário de algumas informações incorretas que circulam, **não existe um prazo gestacional fixo para a realização do aborto decorrente de estupro ou qualquer outra circunstância legalmente prevista.** A legislação visa garantir o acesso das mulheres a cuidados médicos seguros e legais, independentemente do estágio da gravidez, desde que cumpridos os requisitos legais específicos para cada situação. (grifos no original)

Adiante, ao analisar restrições a procedimento de assistolia, afirma o Ministério da Saúde:

A recomendação de assistolia fetal nestes casos, também é posição das sociedades de Ginecologia e Obstetrícia e suas sub-especialidades, como por exemplo, A Society of Family Planning (EUA) e o Royal College of Obstetricians and Gynaecologists (RCOG) (Inglaterra) **recomendam que as induções medicamentosas em idades gestacionais mais avançadas sejam precedidas de indução de assistolia fetal por trazer benefícios emocionais, legais e éticos** relacionados ao impedimento de expulsão fetal com sinais transitórios de vida. (grifamos)

A título de contexto, a ADPF 989 tem por objeto pedido de adoção de providências para assegurar a realização do aborto nas hipóteses permitidas no Código Penal e em gestação de fetos anencéfalos.

A OMS também recomenda a técnica de indução de assistolia fetal no Abortion Care Guideline e mais detalhadamente no Clinical practice handbook for quality abortion care.

Sem possuir razões científicas para tanto, o CFM afasta-se por completo de sua legítima função regulamentar, justamente o que poderia justificar sua atuação no campo normativo.

De fato, o conhecimento científico até então produzido aponta para a possibilidade da interrupção da gravidez sem limitação temporal de modo que se proteja efetivamente as vítimas de estupro, em sua maioria crianças e adolescentes, que não chegam ao hospital em condições de exercer o seu direito antes de 22 semanas por carências, inclusive do sistema de saúde, que não lhe podem ser imputadas.

É nesse contexto que se deve reconhecer que o Parlamento decidiu pela proteção da menina e da mulher e que não é lícito ao CFM limitar esse direito.

Vale lembrar, a título ilustrativo, do caso de repercussão nacional em que uma menina de 11 anos, vítima de estupro, teve o aborto negado pela Justiça de Santa Catarina porque estava com 22 semanas e dois dias de gestação. O procedimento foi realizado só após a interferência do Ministério Público Federal.

3.d - Da violação ao Código de Ética Médica

A Resolução CFM nº 2.378/24 não só excede o poder regulamentar do Conselho Federal de Medicina mas também infringe princípios estabelecidos no Código de Ética Médica, normativo do próprio CFM.

Esse documento, que guia a conduta dos profissionais da medicina, sublinha a importância de o médico aprimorar incessantemente seus conhecimentos e de aplicar os melhores meios técnicos e científicos disponíveis em benefício dos pacientes.

O inciso V dos princípios fundamentais do Código de Ética Médica ressalta que é dever do médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente e da sociedade.

Adicionalmente, o inciso XXVI enfatiza que a prática médica será exercida com utilização dos meios técnicos e científicos disponíveis que visem aos melhores resultados.

Ao impor restrições que limitam a autonomia do médico e seu dever de aplicar o conhecimento científico mais atual e benéfico para o tratamento e o cuidado das meninas e mulheres que realizam o aborto legal, a Resolução CFM nº 2.378/24 entra em conflito com esses preceitos.

O CFM, também nesse aspecto, extrapola suas prerrogativas regulatórias e afronta os preceitos ético-jurídicos que norteiam a prática médica, comprometendo a independência profissional e a obrigação de assegurar a excelência no exercício da medicina, o que, sob a ótica jurídica, representa uma transgressão às bases legais que fundamentam a autonomia e a integridade da profissão médica.

Assim, mostra-se absolutamente questionável a legitimidade e a legalidade da resolução, considerando a incongruência com os princípios éticos e jurídicos estabelecidos para a atividade médica.

3.e - Da violação a tratados internacionais de Direitos Humanos

Seria curioso, se não fosse trágico, observar que a Resolução CFM nº 2.376/2024 se apoia na Convenção Americana de Direitos Humanos em seus considerandos para fundamentar a criação de uma norma que, paradoxalmente, contraria os preceitos desse mesmo tratado.

Tal situação não apenas revela um contrassenso normativo mas também evidencia uma desconexão entre a base jurídica invocada e as

implicações práticas da regulamentação adotada, resultando em uma contradição que atenta contra a coerência e a integridade do sistema jurídico internacional no âmbito dos direitos humanos.

Aliás, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH já se debruçou sobre o problema da ineficiência estatal da tutela do direito à saúde da mulher na realização de aborto legal no caso Beatriz vs. El Salvador.

Nesse caso, a Comissão entendeu que El Salvador não adotou medidas adequadas para salvaguardar os direitos à vida, à integridade pessoal e à saúde, nos termos estabelecidos pelos artigos 4 e 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Dentre as recomendações estabelecidas pela CIDH a El Salvador é válido citar:

4. Adotar todas as medidas necessárias, incluindo o desenho de políticas públicas, programas de treinamento, protocolos e estruturas de orientação para garantir que o acesso à interrupção da gravidez consequência da anterior adaptação legislativa, seja efetiva na prática, **e que não sejam gerados obstáculos de fato ou de direito que afetem sua implementação**. Isso deve incluir a adequação dos serviços prestados por meio de estabelecimentos de saúde, ação médica correta e acesso adequado à informação para as mulheres nestas situações. Estas medidas devem garantir a compatibilidade com as normas do direito internacional dos direitos humanos, para o qual é necessário assegurar consultas exaustivas com pessoas e instituições especializadas nestas questões a partir de uma abordagem médica e de direitos humanos. **Da mesma forma, os protocolos ou normas técnicas necessários devem ser adotados para garantir a real disponibilidade e acessibilidade aos serviços de interrupção da gravidez de acordo com as normas interamericanas aplicáveis e de forma que os responsáveis pela prestação de serviços de saúde têm a responsabilidade de tratar a mulher cuja vida ou saúde possa ser afetada, imediatamente, e se recusar-se a prestar tais serviços por motivos de consciência, encaminhar oportunamente a outros entidades que prestam esses serviços, inclusive garantindo a obrigatoriedade**. O Estado deve garantir a proteção do pessoal médico que realiza tais procedimentos. (grifamos)

A posição da Comissão Interamericana é destacada não só pela importância dos direitos humanos no ordenamento jurídico, mas também porque exige uma interpretação alinhada aos direitos humanos para sua efetivação nos ordenamentos internos dos Estados signatários desses tratados.

Assim, o controle de convencionalidade deve ser realizado pelo Poder Judiciário, ao qual cabe levar em conta não apenas o Tratado, mas também a interpretação dada pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana de Direitos Humanos.

É nesse sentido que se observa a construção da doutrina brasileira que passa a estruturar os mecanismos pelos quais tal controle de convencionalidade será realizado pelo Poder Judiciário, seja de forma difusa ou concentrada, enfatizando que todo e qualquer tratado de direitos humanos é paradigma de controle de convencionalidade, e não somente a Convenção Americana.

A Constituição da República expressamente estabelece a tutela de tratados internacionais de direitos humanos com a mesma força que os próprios direitos fundamentais nela estabelecidos, nos termos do art. 5º, § 2º.

Os Estados parte devem realizar o controle de convencionalidade em todas as suas esferas e âmbito de atuação, aplicando-se não apenas os tratados como também a jurisprudência da própria Corte, incluindo as decisões provisórias expedidas no âmbito como no caso Beatriz vs. El Salvador, em que se considerou não aplicada a Convenção porque o Estado deixou de realizar adequadamente os direitos decorrentes do aborto legal em suas instituições.

Assim, é certo que eventuais embaraços ao exercício do aborto legal criados ou permitidos pelo Poder Público constituem ofensas a convenções de direitos humanos, conforme entendimento da própria Corte Interamericana.

Saliente-se que a proteção dos direitos das mulheres possui especial atenção no sistema interamericano de direitos humanos. Isso porque a América Latina concentra as regiões mais violentas do mundo para as mulheres.

O comportamento omissivo ou comissivo que restringe o acesso ao aborto legal viola dispositivos da Convenção, como o direito à integridade física, psíquica e moral (Art. 5º, 1).

Essa também foi a conclusão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos quando da análise das violações de El Salvador à realização do aborto legal previsto em seu ordenamento interno. Neste mesmo caso, diante do premente risco à vida da gestante, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu medida provisória em 29.5.2013, determinando que o Estado tomasse todas as providências para a realização do procedimento e proteção da vida de Beatriz.

De igual forma ocorrem violações à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995.

A discussão da proteção insuficiente dos direitos de meninas e mulheres à realização do aborto legal decorre, essencialmente, de uma atuação precária do Estado na prevenção de violência de gênero. As hipóteses de aborto legal dizem respeito diretamente à proteção da vida e dignidade da mulher, de priorizá-las, mesmo diante da existência de uma vida em potencial.

Como se trata de uma conduta baseada em gênero e que causa “morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico”, tem-se que é hipótese também de incidência da tutela prevista pela Convenção de Belém do Pará.

Assim, a violência psicológica decorrente de atos e omissões do Estado, no caso específico a norma editada pelo CFM, que dificulta a meninas e mulheres o adequado acesso ao melhor atendimento de profissionais de saúde para realização do aborto legal, caracteriza também violação aos direitos previstos na Convenção de Belém do Pará.”

2.2 – Do perigo de dano inverso ocasionado pela atribuição do efeito suspensivo ao recurso

A resolução do CFM veda ao médico a realização do procedimento de assistolia fetal, previamente aos procedimentos de interrupção da gravidez nos casos de aborto decorrentes de estupro em idade gestacional acima de 22 semanas.

É incontroverso que, quanto maior o tempo gestacional, maior o risco de complicações para saúde e a vida das meninas e mulheres na realização da interrupção da gravidez resultante de estupro.

Estudo que analisa a mortalidade em procedimentos de aborto nos EUA, no período de 1998 a 2010, evidencia que, em aproximadamente 16,1 milhões de abortos, verificou-se que a taxa de mortalidade aumenta com a idade gestacional, de 0,3 mortes em procedimentos realizados com oito semanas ou menos, para 6,7, nos realizados com 18 semanas ou mais, para cada 100.000 procedimentos realizados.

Porém, como evidenciado, **o acesso ao serviço no tempo adequado não é uma realidade no Brasil**, e a manutenção da norma resulta na penalização sobretudo de meninas menores de 14 anos, vítimas de violência sexual. **Essas vítimas são particularmente vulneráveis, pois frequentemente levam mais tempo para reconhecer a gravidez e buscar ajuda, principalmente porque a violência na maior parte das vezes é perpetrada por um membro da família.**

A instabilidade jurídica gerada pela edição da norma acaba por retardar ainda mais a realização do aborto legal, levando eventualmente à necessidade de aguardar uma autorização judicial para que os médicos possam realizar o procedimento, da forma que entendem mais adequada, sem o risco de sanções pelo conselho de classe. Assim, procedimentos que poderiam ser realizados nas semanas 23 ou 24 da gestação serão postergados, aumentando os riscos à vida de meninas vítimas de violência sexual.

Para ilustrar a urgência, em 5 de abril, a Folha de São Paulo já noticiava:

Veto a procedimento de aborto legal já afeta atendimentos a meninas estupradas Federação de ginecologistas e obstetras acompanha ao menos quatro casos e recomenda que médicos busquem amparo judicial
(...)

Desde a publicação da norma na quarta-feira (3), a Febrasgo (Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia) já foi comunicada de pelo menos quatro casos de mulheres e crianças estupradas, com gestações avançadas, em que os médicos estão temerosos em interromper a gravidez devido ao voto imposto pelo CFM. Um desses casos é de uma menina de 12 anos que está grávida de 27 semanas. Há autorização judicial para o aborto mas, mesmo assim, a equipe médica teme sofrer represálias do CFM.

(...)

“Do ponto de vista do direito, não há limite de idade gestacional para a interrupção da gravidez nos casos previstos em lei. Quem procura interromper a gravidez depois de 22 semanas? São sempre pessoas pobres. Mulheres jovens, meninas de 10, 11, 12 anos que foram violentadas em domicílio que, por uma série de razões, não conseguiram acesso rápido ao aborto legal” (Rosires Pereira, presidente da comissão de violência sexual e interrupção da gestação prevista em lei da Febrasgo)

Ele relata o caso de uma mulher de Curitiba (PR) que foi violentada e mantida prisioneira por um traficante. Com a prisão do homem, ela procurou o serviço de aborto legal com 24 semanas de gestação. (...)

Conclui-se, assim, que não há dúvidas acerca do perigo de dano gerado pela decisão que atribuiu efeito suspensivo ao recurso, na medida em que quanto maior o tempo gestacional, maior o risco de complicações para saúde e a vida das meninas e mulheres na realização da interrupção da gravidez resultante de estupro.

Dessa forma, deve ser provido o presente agravo interno, para que seja indeferido o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

3. Pedido

Diante do exposto, o Ministério Públco Federal:

a) pede que seja reconsiderada a decisão do evento 06, com o indeferimento do pedido de atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento;

b) em caso de manutenção da decisão, o MPF requer que seja submetido o agravo interno à apreciação do Colegiado.

**Marcelo Beckhausen
PROCURADOR REGIONAL DA REPÚBLICA**



Documento eletrônico assinado digitalmente por **Marcelo Beckhausen** Procurador Regional da República
Procuradoria Regional da República - 4ª Região - www.prr4.mpf.mp.br
Rua Otávio Francisco Caruso da Rocha, 800 – CEP 90010-395 - Porto Alegre - RS