

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

Marcela Ferreira Andrade

Objecção de consciência e a colisão com os Direitos Fundamentais

**Juiz de Fora
2019**

Marcela Ferreira Andrade

Objecção de consciência e a colisão com os Direitos Fundamentais

Artigo apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso para obtenção do título de Bacharel em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de fora.

Orientador: Prof. Me. Bruno Stigert de Sousa.

**Juiz de Fora
2019**

Andrade, Marcela Ferreira.

Objecção de consciência e a colisão com os Direitos Fundamentais / Marcela Ferreira Andrade. -- 2019.25 f.

Orientador: Bruno Stigert de Sousa

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal de Juiz de Fora, Faculdade de Direito, 2019.

1. Objeção de consciência. 2. Direitos Fundamentais. 3. Monografia. 4.

Direito. I. Stigert de Sousa, Bruno, orient. II. Título

Marcela Ferreira Andrade

Objecção de consciência e a colisão com os Direitos Fundamentais

Artigo apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso para obtenção do título de Bacharel em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de fora.

Aprovada em de de

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Bruno Stigert de Sousa - Orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Me. Abdalla Daniel Curi
Universidade Federal de Juiz de Fora

Mestranda Priscila Cotti Paredes Dias
Universidade Federal de Juiz de Fora

RESUMO

O presente artigo parte da premissa acerca do direito à objeção de consciência dos profissionais da área da saúde, bem como o direito das mulheres ao aborto nas hipóteses previstas em lei e a eventual colisão desses direitos no mundo fático.

Inicia-se, portanto, através de uma breve análise acerca do instituto da objeção de consciência e dos casos mais famosos em que ele é aplicado.

Após, baseando-se no ordenamento jurídico brasileiro, o estudo se aprofunda, no tocante à referida colisão entre o direito do médico de se abster de realizar determinados procedimentos, em razão de ordem moral, religiosa ou ética, e o direito da paciente ao aborto legal, o qual influencia, diretamente, o seu direito de ter acesso à saúde e o de ter a sua autonomia da vontade respeitada por esses profissionais.

Por fim, questiona-se a possibilidade de responsabilização civil dos médicos, quando da sua abstenção ao seu dever legal, ocasionar à mulher danos na sua esfera moral e material, ensejando, portanto, indenização.

Palavras-chave: 1. Objeção de Consciência. 2. Direitos Fundamentais. 3. Aborto. 4. Responsabilidade Civil dos Médicos.

ABSTRACT

The present article starts from the premise about the right to conscientious objection of health professionals, as well as the right of women to abortion, in the hypotheses foreseen by law, and the possible collision of these rights in the factual world.

It begins, therefore, through a brief analysis about the institute of conscientious objection and of the most famous cases in which it is applied.

After, based on the Brazilian legal system, the study goes deeper into the said collision between the physician's right to refrain from performing certain procedures, due to moral, religious or ethical reasons, and the patient's right to abortion legal, which directly influences their right to have access to health and to have their autonomy of the will respected by these professionals.

Finally, it is questioned about the possibility of civil liability of physicians, when they abstain from their legal duty, cause the woman to harm her moral and material sphere, thus giving indemnity.

Keywords: 1. Objection of Conscience. 2. Fundamental Rights. 3. Abortion. 4. Medical Liability of Physicians.

SUMÁRIO

1	OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA E SUAS ESPÉCIES	6
2	OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA NOS CASOS DE ABORTO E O ORDENAMENTO JURÍDICO	12
2.1	Responsabilidade Cível dos Médicos	15
3	CONCLUSÃO	19
	REFERÊNCIAS	20

1 OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA E SUAS ESPÉCIES

Objecção de consciência pode ser entendida como “[...] o direito de não cumprir obrigações ou não praticar atos que conflituem essencialmente com os ditames da consciência de cada um” (CANOTILHO, 2014, p. 616).

Em conformidade, os autores (MENDES e BRANCO, 2014, p. 303) defendem que “[...] a objeção de consciência consiste, portanto, na recusa em realizar um comportamento prescrito, por força de convicções seriamente arraigadas no indivíduo”.

Ainda, o autor (MAGALHÃES, 2015) defende que:

A objeção de consciência é o direito fundamental que permite que qualquer cidadão se recuse a cumprir determinado dever a todos imposto quando a exigência contrariar as suas crenças e convicções, podendo o Estado obrigar-lhe a uma prestação substitutiva, se houver autorização expressa na norma hipotética fundamental. Em outras palavras, é o direito individual de oposição ao cumprimento de leis, atos normativos e disposições privadas que causem aversão, constrangimento ou ojeriza ao destinatário em razão de conflito com seus dogmas e valores pessoais.

Impõe-se ressaltar que a objeção de consciência se baseia em três pontos (2011, IANNONE):

- 1- Ela decorre de uma legitimação jurídica expressa que preveja formalmente a sua aplicação;
- 2- Afeta, primeiramente, a responsabilidade do indivíduo que assume, inclusive perante a lei, todas as eventuais consequências da sua recusa;
- 3- É preciso que seja adequadamente motivada, não podendo justificar-se com base, apenas, em uma recusa subjetiva e arbitrária. Além disso, jamais pode ser prejudicial à saúde da pessoa assistida.

Cumpra ainda destacar que a objeção de consciência é pessoal, não sendo aplicada, portanto, às Instituições e ao Estado. Lado outro, nos termos da lei, a objeção de consciência pode ser compreendida como um tipo, uma espécie do direito à liberdade de consciência.

Nesse contexto, em sua tese de mestrado, (MACHADO, 2016, p. 34):

A liberdade de consciência está vinculada com a faculdade do indivíduo formular juízos e ideias sobre si mesmo e sobre o meio em que vive. É a liberdade de crer ou não crer em termos de espiritualidade. O ser humano pode, livremente, optar por uma crença religiosa ou não optar por nenhuma e a ele será assegurado que não sofrerá qualquer tipo de sanção ou discriminação pelas suas escolhas.

Da mesma maneira, os autores (MENDES e BRANCO, 2013, p. 356):

Se o Estado reconhece a inviolabilidade da liberdade de consciência, deve admitir, igualmente, que o indivíduo aja de acordo com as suas convicções. Haverá casos, porém, em que o Estado impõe conduta ao indivíduo que desafia o sistema de vida que as suas convicções construíram. Cogita-se, então, da possibilidade de reconhecer efeitos a uma objeção de consciência.

Embora a objeção de consciência seja mais conhecida e debatida no âmbito da saúde, no que se refere ao direito dos médicos de se absterem de realizar determinado procedimento, por razões éticas, morais ou religiosas, ela não se restringe somente a eles. Sendo assim, podemos citar algumas situações em que esse direito pode ser suscitado.

Nesse contexto, destaca-se que a objeção de consciência pode ser alegada pelo homem, quando do alistamento militar obrigatório, conforme expressa a Constituição Federal, no parágrafo 1º do artigo 143 (BRASIL, 1988). Vejamos:

Art. 143: O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.

§1º: Às forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempos de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar;

§2º: As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempos de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir.

O serviço alternativo, indicado no artigo supracitado, foi regulamentado pela Portaria 2.681 do Ministério da Defesa, em 1992, segunda a qual ele terá duração de 18 meses e, não sendo cumprido, haverá a suspensão dos direitos políticos, quais sejam, direito de votar e de ser votado. Além disso, esse serviço alternativo pode ser desenvolvido na esfera administrativa, através de assistência filantrópica ou, ainda, através do mesmo produtivo que devem ser prestados em organizações militares da ativa e em órgãos de formação de reserva das Forças Armadas (Lei 8.239/1991).

Outra forma do direito à objeção de consciência que deve ser levantado é quando os defensores dos animais ou os indivíduos intitulados veganos estão diante de alguma experimentação animal em práticas didáticas. A esses indivíduos também é resguardado o direito de se escusarem de participar das aulas, nas quais se utilizam vivisseção de animais, sob o fundamento de aquisição de conhecimento.

Já na seara da saúde, a objeção de consciência é cabível de ser levantada tanto pelo médico, quanto pelo paciente.

No tocante ao direito do paciente, o caso mais famoso é o dos membros da religião Testemunhas de Jeová, quando há necessidade de transfusão de sangue. As matrizes dessa religião, basicamente em razão da interpretação das passagens bíblicas dos livros Gênesis 9:3-4, Levítico 17:10 e Atos 15:19, condenam os tratamentos médicos ou cirúrgicos em que haja a necessidade de transfusão sanguínea. Alegam, pois, nessas situações, o direito a se absterem de receber determinado tratamento, em razão de violação às suas crenças religiosas.

A questão é, ainda, muito controversa, uma vez que há a colisão do direito à vida com o direito à liberdade religiosa. No entanto, ela vem ganhando maior respeito à autonomia de escolha do paciente, por parte do médico. Isso porque a medicina atual sofreu uma grande evolução tecnológica, possibilitando tratamentos alternativos menos invasivos, em que não há a necessidade de transfusão de sangue. Assim sendo, o médico consegue salvar a vida daquele paciente, bem como resguardar seu direito à liberdade religiosa.

Por outro lado, o direito do médico à objeção de consciência pode ser demonstrado em diversas situações do cotidiano. A primeira delas é a possibilidade do médico de se escusar de ofertar ao seu paciente algum método contraceptivo, como, por exemplo, o uso de pílulas anticoncepcionais por mulheres. Nessa hipótese de objeção de consciência, a questão ética-filosófica é relativa ao começo da vida. Se o médico objetor acreditar ser o começo da vida, o momento da concepção, ao passar para sua paciente algum dos métodos contraceptivos existentes, ele estaria impedindo o surgimento daquela vida.

Em razão dessa conduta ir de encontro às suas crenças morais e religiosas, o médico pode alegar a objeção de consciência, mas deve indicar àquela paciente outro médico, a fim de que o direito da mulher à saúde não seja infringido.

Outra questão polêmica que envolve o direito à objeção de consciência é nos casos de morte assistida, também denominada como eutanásia. Em determinados países, alguns enfermos em estado terminal ou seus familiares, quando estes não mais estão conscientes, possuem o direito de escolher entre manter o tratamento médico e, por consequência, continuar vivendo, ou optar pelo procedimento da eutanásia.

Nesse contexto, o autor (CALSAMIGLIA, 2002, p. 151-175) afirma que optar por continuar ou não a vida “não é uma questão que interesse ao Estado, sendo que a intervenção estatal neste assunto supõe um paternalismo injustificado”. Afirma, ainda, que isso se deve à uma confusão sobre qual o dano que a morte assistida implicaria.

Nesse sentido,

Para muitos enfermos terminais, o dano é continuar sofrendo. Para outros, o dano é sobreviver como um vegetal e eles querem decidir por si mesmos qual indignidade estão dispostos a suportar. Aqueles que exigem o respeito à vida e tratam de impor

coercitivamente o castigo à eutanásia podem ser acusados de cruéis. Não resulta tão evidente que nestes casos a morte seja pior a crueldade de obrigar a viver ou com dor ou com indignidade. Por que não deixar a escolha de continuar vivendo ou morrer nas mãos do destinatário? (CALSAMIGLIA, 2002, p. 166)

Percebe-se, do exposto, que a ingerência do Estado nessa questão reflete-se, diretamente, sobre a autonomia de vontade do paciente e do seu direito à liberdade de escolha. No entanto não cabe, também, ao Estado, impor ao médico a obrigação de proceder com aquela conduta.

Sendo assim, estando diante de um pedido de eutanásia por um enfermo em estado terminal, ou por parentes responsáveis por um paciente em estado vegetativo, ao médico é possibilitado suscitar o direito à objeção de consciência, se àquela conduta implicar em violar os seus valores morais, éticos ou religiosos.

Cumprе ressaltar que, no Brasil, atualmente, a prática da eutanásia é considerada crime, que poderá ter redução de pena, em razão do elevado valor moral que motivou o agente (terceiro, médico ou familiar) a praticar aquele ato.

Por fim, há a possibilidade de a objeção de consciência ser suscitada pelo médico, nos casos de aborto permitidos por lei, caso que trataremos mais profundamente adiante. Por agora, cumpre ressaltar que, em decorrência dessa última possibilidade de levantar a questão da objeção, surgiram quatro teses, sendo que, no Brasil, apenas uma delas é aplicada.

A primeira tese é a denominada Tese da Incompatibilidade, segundo a qual o direito à objeção de consciência é um direito individual e absoluto. Nesse sentido, o médico jamais é obrigado a participar de forma direta ou indireta de procedimentos que violem sua moral, religião ou os seus conceitos éticos. Logo, o médico objetor não possuiria, nem mesmo, a obrigação de indicar à paciente outro médico disponível para realizar o abortamento.

Em conformidade, o autor (WICCLAIR, 2011, p. 34) afirma que “o profissional da saúde, além de não ter uma obrigação de agir de modo que viole a sua consciência, não é obrigado a participar, direta ou indiretamente, para que o serviço procurado seja provido ou mesmo para facilitar o acesso do paciente a ele”.

É cristalino que essa tese é contrária às hipóteses de aborto previstas em nosso ordenamento jurídico, bem como ao que está expresso no artigo 15 do Código de Ética Médica, segundo o qual “é vedado ao médico: descumprir legislação específica nos casos de transplante de órgãos e de tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética” (CFM, 2009).

Do exposto, conclui-se que essa tese não é utilizada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A segunda tese é da Incompatibilidade, a qual defende que o direito à objeção de consciência deve ser proibido nos casos de aborto legal. De acordo com ela, o médico não pode se escusar de participar de procedimentos médicos, de forma direta ou indireta, ainda que estes procedimentos estejam ferindo os seus valores mais intrínsecos.

Ainda, ela tem como base países em que há um sistema de saúde público. Por este motivo, o tratamento que o médico dispense ao paciente, independe de suas questões morais, éticas, religiosas ou filosóficas, sendo necessário que esse cuidado seja adequado às vontades do paciente, desde que em consonância com a lei.

É possível depreender do narrado que essa tese também não é aplicada em nosso país, uma vez que ela nega por completo o direito fundamental do profissional da saúde à objeção de consciência, não sendo cabível, portanto, em um Estado Democrático de Direito.

A terceira tese é a chamada Tese do Compromisso, a qual busca um equilíbrio entre os direitos em conflito. Proposta pelo professor Mark R. Wicclair, ela defende que haja um compromisso para que tanto o direito do médico objetor seja resguardado, quanto o direito do paciente de acesso à saúde.

Nesse contexto, o autor (WICCLAIR, 2011) enumera três obrigações dos médicos e demais profissionais da saúde, quais sejam, o respeito à dignidade do paciente e abstenção da prática discriminatória, a promoção da saúde e bem-estar da paciente e, por fim, o respeito à autonomia de seu assistido.

Em decorrência dessas obrigações, o referido autor suscita algumas limitações ao direito do médico objetor, como danos e encargos ao paciente, práticas discriminatórias, divulgação de opções e encaminhamento ou facilitação para transferência do paciente.

Por fim, a quarta e última tese é a denominada Tese da Justificação, elucidada pela professora e doutora Débora Diniz, de acordo com a realidade fática do Brasil, a qual defende que embora seja um direito inalienável do cidadão, a objeção de consciência deve ter suas fundamentações devidamente analisadas pelo Estado brasileiro.

A autora (DINIZ, 2011, p. 984), parte da premissa de que os serviços de aborto legal são compostos por equipes multidisciplinares previamente escolhidas. Sendo assim, antes da sua alocação, o profissional deve declarar ser ou não objetor em relação àqueles procedimentos.

Esse pensamento está em consonância com o disposto pelas Normas Técnicas que regem a questão do aborto previsto em lei, no Brasil.

Nesse contexto, uma vez que o médico ou qualquer outro profissional da saúde aceitou fazer parte de uma equipe responsável por esse serviço, a sua escusa terá de ser analisada pelo Estado, conforme cada caso concreto. Essa regulação não constitui um óbice ao direito do

médico objetor, mas, apenas, uma forma de salvaguardar, de maneira mais efetiva, o direito da mulher ao acesso irrestrito à saúde.

Uma dificuldade na implementação dessa tese seria tanto pelo fato de que os profissionais que compõem a equipe multidisciplinar do Sistema Único de Saúde (SUS) são plantonistas, fato que estaria de encontro a possibilidade de escolha de participar ou não dela, bem como a questão da dificuldade de regulação pelo Estado. Isso, porque, primeiramente, a objeção de consciência é uma questão subjetiva, o que dificulta sua análise e, segundo, porque o Estado teria que colocar à disposição profissionais capacitados para julgar cada caso, o que, por consequência, gera maiores gastos financeiros.

Analisadas essas questões, iniciaremos o estudo específico da objeção de consciência nos casos de aborto legal.

2 OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA NOS CASOS DE ABORTO E O ORDENAMENTO JURÍDICO

É assegurado constitucionalmente o direito à liberdade de consciência, conforme expressa o artigo 5º, inciso VI da Constituição Federal de 1988, [...] IV: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e liturgias”.

Ainda, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH, 1948) garante, a todos os indivíduos, em seu artigo XVIII, a liberdade de pensamento e de consciência.

XVIII: Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, em público ou em particular.

No entanto, imperioso se faz destacar que resguardar o direito à liberdade de consciência pode, muitas vezes, violar o direito à dignidade da pessoa humana e o direito ao acesso à saúde. Isso, porque, conforme defende o professor Dallari (2016, p. 1-20), “[...] jamais haverá meios de saber, com certeza, o que afeta ou não a consciência de indivíduo”.

Lado outro, impedir a liberdade de consciência também é uma forma de violação a um direito fundamental, o que implica impor o direito positivo face ao direito de autonomia do indivíduo. Nesse contexto, em razão de a lei permitir o aborto assistido, surge um conflito entre o direito à objeção de consciência do médico, qual seja, uma espécie do direito à liberdade de consciência e o direito da paciente ao acesso amplo e irrestrito à saúde.

Objecção de consciência, conforme já explicitado, pode ser compreendida como uma não adesão informada a uma norma dada, ou seja, uma recusa a cumprir uma determinada lei por razão de valores morais ou éticos (SANCHES, 2012).

Em nosso país, nos casos de gravidez advinda de estupro, gestação que implique em risco à saúde da mulher ou gravidez de feto anencéfalo, o Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940) retira a ilicitude da prática do aborto, ou seja, sendo um desejo da paciente, esta prática torna-se um dever dos profissionais da saúde pública. Entretanto, a esses profissionais, é resguardado constitucionalmente o direito de se absterem de realizar tal procedimento, em razão da violação aos seus valores morais, éticos ou religiosos.

Neste mesmo sentido, em seu capítulo I, o Código de Ética Médica (CFM, 2009) prevê:

VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.

Ainda, no capítulo II do Código de Ética Médica, o inciso IX também expressa a possibilidade do médico de recusar-se a realizar determinados procedimentos, mesmo que previstos em lei, em razão de violar a sua consciência, sendo direito do médico: “[...] IX: Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência” (CFM, 2009).

O Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem, em seu artigo 28, parágrafo único, também prevê o instituto da objeção de consciência (COFEN, 2017). Vejamos:

Art. 28 – Provocar o aborto, ou cooperar em prática destinada a interromper a gestação.

Parágrafo único: Nos casos previstos em lei, o profissional deverá decidir, de acordo com a sua consciência, sobre a sua participação ou não no ato abortivo.

Importante se faz ressaltar, do acima exposto que, mesmo salvaguardando a autonomia do profissional da saúde, o direito à objeção de consciência dos profissionais desta área sofre ressalvas dos seus respectivos Códigos de Ética. O que se espera, com isso, é evitar que o médico objetor se esconda, ou fundamente o seu direito em “caprichos pessoais” (SANCHES, 2012).

Nesse sentido, faz-se necessário uma distinção entre o que seria apenas um ato de resistência e o que seria um caso de exercício do seu direito de objeção. É preciso, portanto, orientações claras e imprescindíveis sobre a causa de ser objetor de consciência, para que, com isso, seja possível alcançar, de maneira mais fácil, planos de contingência para o trabalho de interrupção da gestação (HARRIES et al., 2014).

Assim, para o autor (HERINGER JUNIOR, 2007, p. 36), desobediência civil pode ser caracterizada como “um comportamento coletivo, ou seja, uma ação ilegal pública e não violenta, que apela a sentimentos de justiça com o objetivo de modificar alguma lei ou política governamental, mas ainda respeitando a ordem jurídico-constitucional”.

Além disso, uma outra forma de reconhecer o direito à objeção de consciência, segundo o autor (GOUVEIA, 1994) e, partindo-se da Tese da Justificação, seria o reconhecimento de três elementos: o elemento objetivo, o qual é definido pelo não cumprimento da norma jurídica, cabendo ao nosso ordenamento tolerar tal comportamento; o elemento teleológico, o qual

corresponde às razões que motivam sua consciência e, por fim, o elemento formal, o qual impõe que o direito seja individual, pacífico e privado.

Sendo assim, reconhecido o direito à objeção de consciência, é importante destacar que as restrições impostas a esse direito são imprescindíveis para o seu uso justo, uma vez que, através delas, evita-se que o direito do médico objetor se sobressaia ao direito de acesso à saúde da paciente. Logo, cabe ao médico, ao se deparar com um caso de aborto, alegar o seu direito à objeção de consciência e solicitar, com isso, a sua recusa ao cumprimento do seu dever legal, posteriormente encaminhando a paciente a outro médico ou serviço de atendimento.

Imperioso ressaltar que, nos casos de pedido de aborto em razão de gravidez advinda de estupro, não é facultado ao médico ou à equipe de saúde exigir a apresentação de boletim de ocorrência, nem, tampouco, julgar a sua narrativa.

Da mesma maneira, não havendo outro médico para cumprir o dever legal de abortar, ou em casos de risco de morte da paciente, ou nas situações em que a omissão causar danos à mulher, não é permitido pelas normas técnicas do Ministério da Saúde a suscitação do direito à objeção de consciência (DINIZ, 2011).

Ocorre que, na realidade fática, as restrições impostas pelos Códigos de Ética Profissional, bem como as restrições impostas pelas normas técnicas do Ministério da Saúde, são, na grande maioria dos casos, ignoradas pelos médicos.

Segundo a autora (DINIZ, 2012) a mácula do crime contribui para um atendimento de baixa qualidade às mulheres, além de intimidar os profissionais da área de saúde que atuam nos serviços de aborto previstos em lei. De acordo com ela, “há um silêncio que emudece mulheres e profissionais da saúde” (DINIZ, 2012).

Outro motivo que contribui para a sobreposição dos direitos do médico objetor é a falta de conhecimento das mulheres brasileiras acerca de seus direitos na questão do aborto. Muitas não sabem das excludentes de ilicitude previstas no artigo 128 do Código Penal, segundo o qual não se constitui crime o aborto em razão de gravidez que oferece risco à saúde da mulher ou quando a gestação se resultar de estupro (BRASIL, 1940), bem como a posteriormente decidida através da ADPF 54, segundo a qual não é conduta típica a interrupção da gravidez de feto anencéfalo (STF, 2012).

Ademais, a grande maioria das mulheres não possui conhecimento acerca da não exigência de apresentação do boletim de ocorrência, bem como da proibição de julgamento por parte dos médicos e de sua equipe no que concerne à sua narrativa sobre o estupro.

Percebe-se, portanto, uma clara violação ao direito fundamental de acesso amplo e irrestrito à saúde, bem como ao direito legal de abortar da mulher, o que pode acarretar em danos morais e materiais à paciente.

A objeção de consciência não pode constituir um óbice à mulher ao acesso aos seus direitos.

De acordo com uma pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA), aproximadamente 7% dos casos de estupro resultam em gravidez e, dessa porcentagem, cerca de 67,4% dessas mulheres não tiveram acesso ao serviço de aborto legal oferecido pelo Estado.

Assim, dessa colisão de direitos, surge a necessidade da responsabilização do médico objetor e dos demais profissionais da área da saúde, quando, das suas omissões no tocante ao cumprimento de uma norma legal, geram danos imensuráveis à saúde e à vida da mulher.

2.1 Responsabilidade Cível dos Médicos

Inicialmente, cumpre ressaltar que, ainda que o tema do trabalho em questão seja de grande relevância, são escassas as doutrinas e jurisprudências que discorrem acerca da objeção de consciência.

É preciso, portanto, estabelecer um panorama acerca da responsabilidade subjetiva e contratual dos médicos, além dos elementos que constituem a relação entre médico e paciente, para, posteriormente, analisar as consequências que surgem, bem como as possíveis sanções que poderão ser impostas em razão da colisão de direitos entre os elementos dessa relação jurídica.

O autor (TARTUCE, 2017, p. 327) define que “a responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida”.

Ainda nessa esteira, a professora Maria Helena Diniz define responsabilidade civil como uma forma de tomar providências, a fim de que um indivíduo repare um dano causado a outrem (2013, p. 51).

[...] a responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 927 *caput*, prevê que “aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Sendo que o legislador definiu que se comete ato ilícito quando “por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral” (BRASIL, 2002).

Os artigos supracitados expressam a responsabilidade civil subjetiva, uma vez que demonstram a necessidade de se comprovar o nexo causal através do elemento culpa.

Ainda que haja uma parte da doutrina que entende ser cabível aos médicos a aplicação de uma responsabilidade civil objetiva, a doutrina majoritária, bem como a nossa legislação vigente, interpreta a responsabilidade do médico de maneira subjetiva, tendo em vista, inclusive, que a relação estabelecida entre esse e seu paciente é uma relação contratual.

Nesse sentido, o autor (CARDOSO, 2002, p. 264) defende a natureza contratual existente no vínculo jurídico entre médico e paciente, uma vez que “a relação entre ambos é proveniente de um contrato de locação de serviço”.

Nessa mesma toada, o jurista (DIAS, 1993, p 259-263) defende não haver dúvidas quanto à natureza da responsabilidade civil do médico ser contratual, o que, por consequência, comprova a subjetividade da relação médico-paciente.

O nosso legislador, através do Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, parágrafo 4º, veio a confirmar a natureza contratual e subjetiva da responsabilidade do profissional da saúde ao elucidar que “[...] §4º: A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

Definida, pois, a responsabilidade do médico como sendo subjetiva e contratual, é preciso analisar quais são os seus deveres. De acordo com o autor (AGUIAR JÚNIOR, 1995, p. 35-37), o médico tem o dever de agir de forma diligente e cuidadosa, resguardando “o estado da ciência e das regras consagradas pela prática médica”; também tem o dever de prestar informações, de obter o consentimento do paciente, manter o sigilo, conforme preceitua o artigo 102 do Código de Ética Médica. É vedado ao médico de forma a abusar de seu poder, devendo-se evitar que o paciente seja submetido a experiências, vexames e a tratamentos inadequados; salvo nas hipóteses previstas no artigo 61, do Código de Ética Médica, é proibido ao médico abandonar seu paciente, o médico tem o dever de garantir sua substituição por outro profissional, também habilitado, nos casos de impedimento eventual e, por fim, tem o dever de não se recusar a atender paciente que encontre-se em situação de urgência, quando não haja outro médico para prestar o atendimento.

Do exposto acima, constata-se que, ainda o médico suscitando a objeção de consciência, é seu dever garantir a sua substituição por outro profissional que também seja habilitado. Sendo

assim, quando o médico descumpre tal regra, não encaminhando, pois, a paciente a outro profissional, é cabível a sua responsabilização, quando da sua omissão, advir danos à mulher. Nesse contexto, deverá a paciente comprovar, tão somente, que o médico não cumpriu com sua obrigação de transferi-la para outro profissional da saúde.

Da mesma forma, o autor (FIUZA, 2016):

[...] na responsabilidade contratual, o credor tão somente está obrigado a demonstrar que a obrigação pactuada não foi cumprida, e o devedor só não será condenado a ressarcir se evidenciar que o dano ocorreu por culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, incumbindo, pois, ao devedor, o ônus da prova. Além disso, a fonte de onde emana essa obrigação é o contrato.

Ainda, o autor (MATIELO, 1998):

O liame entre o dano e a responsabilidade é fundamental para a existência da obrigação de reparar, vista aquela sob o ângulo subjetivo. [...] Essa espécie é dita subjetiva porque estratificada na convicção de que está presente, no caso concreto, a ligação psíquica do agente com o resultado danoso, de modo que este quer diretamente produzir o efeito que efetivamente veio a ser constatado ou no mínimo se porta de modo a aceitar como perfeitamente viável a ocorrência do evento a partir da conduta assumida.

Assim, comprovando à paciente a conduta omissiva por parte do médico, resta configurada a responsabilidade civil do médico, ensejando, portanto, indenização em razão dos danos morais por ela sofridos.

E quais danos a conduta do médico pode vir causar à saúde da mulher?

Primeiramente, nos casos de gestação com risco à saúde da mulher, a omissão do médico pode ensejar danos ao seu sistema reprodutor e, até mesmo, à sua própria vida.

Já nos casos de aborto por gestação em razão de estupro, é importante frisar que a gravidez adveio de um evento traumático. Sendo assim, obrigar a mulher a mantê-la é um lembrete constante do sofrimento por ela vivido. Não cabe, pois, à equipe médica fazer um julgamento acerca da narrativa da paciente.

O abalo, tanto emocional, quanto físico, sofrido pela mulher, deve ser suficiente para que o profissional da saúde, quando estiver defronte a uma situação dessa, no mínimo, encaminhe-a a outro médico para que esse possa garantir o cumprimento do seu direito ao aborto legal.

Por fim, nos casos de gravidez de feto anencéfalo, cumpre destacar que impedir o aborto nesses casos, também, seria uma forma de tortura à paciente.

Em conformidade, disse o Ministro Luiz Fux durante o julgamento da ADPF 54 (STF, 2012):

Um bebê anencéfalo é geralmente cego, surdo, inconsciente e incapaz de sentir dor. Apesar de que alguns indivíduos com anencefalia possam viver por minutos, a falta de um cérebro descarta completamente qualquer possibilidade de haver consciência. [...] Impedir a interrupção da gravidez sob a ameaça penal equivale à tortura.

Ainda, no julgamento desta ADPF, alegou o Ministro Relator Marco Aurélio de Mello (STF, 2012):

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo não existe vida possível. O feto anencéfalo é biologicamente vivo, por ser formado por células vivas, e juridicamente morto, não gozando de proteção estatal. [...] O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. Anencefalia é incompatível com a vida.

Lado outro, uma outra grande questão que surge nessa temática é o fato de que a grande maioria das mulheres não tem conhecimento acerca de seus direitos, nos casos de aborto previstos em lei. A própria legislação é omissa nesse sentido, uma vez que apenas retira o caráter de ilicitude daquela conduta, mas não especifica a quem cabe esse dever.

A quem cabe prestar as informações necessária a elas, nesse caso?

No primeiro momento, é dever do Estado informar, acerca da política pública de aborto que ele possui, às pacientes que se enquadram nas hipóteses de exclusão de ilicitude dessa prática. Sendo assim, cabe ao hospital, como uma instituição pública, prestar as informações necessárias sobre quais são os direitos das gestantes, bem como a maneira que o procedimento irá ocorrer.

Caso haja omissão do hospital, o médico também possui o dever de informar à mulher quais os tratamentos que se aplicam ao seu caso, bem como quais os seus direitos. Assim sendo, quedando-se inerte tanto o hospital, quanto o médico ou profissional da saúde, é cabível a suas responsabilizações, ensejando, indenização por eventuais danos.

Por fim, urge salientar, também, que uma grande parte dos profissionais da saúde não possui conhecimento acerca de seus direitos e deveres na questão do aborto.

Mais uma vez, se mostra necessário a intervenção do Estado, de modo a promover a efetiva divulgação dessas informações, tão necessárias em nosso sistema de saúde.

3 CONCLUSÃO

Em um Estado Democrático de Direito, como o estabelecido pela Constituição Brasileira de 1988, é imprescindível resguardar os direitos dos cidadãos. Nesse sentido, o direito à objeção de consciência não pode constituir um óbice ao direito da mulher de acesso ao aborto previsto em nossa legislação.

Cumprе ressaltar que, se mostraria demasiadamente mais fácil salvaguardar os direitos do médico objeitor e da paciente se, ambas as partes, possuíssem total conhecimento acerca deles.

Nesse contexto, é preciso promover uma maior disseminação de informações, no tocante ao que é o instituto da objeção de consciência, bem como quais são os direitos e deveres que o compõem, bem como em quais situações o aborto legal está previsto e, como a mulher pode e deve proceder nessas circunstâncias.

Ainda, poderá resultar em danos passíveis de indenização, as situações em que, o aborto está devidamente previsto e, há uma recusa injustificada do médico, ou quando o este não cumpre com os seus deveres legais de indicar a paciente a outro médico, assim como, nos casos de não haver nenhum outro capacitado para realizar o aborto, ele mantém sua recusa.

Nos casos supracitados, portanto, o médico estaria, de certa forma, obrigando a mulher a dar continuidade a uma gravidez indesejada, ou a procurar locais que procedência não segura, submetendo-a, dessa forma, a um sofrimento desnecessário e cruel.

Assim, resguardado o que dispõe a lei sobre o direito à objeção de consciência, cabe ao médico e demais profissionais da saúde, proceder de acordo com o seu dever legal, garantindo o direito à dignidade da paciente, através de seu acesso amplo e irrestrito à saúde e, consequentemente, ao aborto previsto em lei.

Caso o médico tenha conduta diversa, deverá ser responsabilizado, conforme dispõe o ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 84, n. 718, p.33-53, ago. 1995. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/555>>. Acesso em: 01 maio 2019.

AQUINO, Felipe. **O médico e a objeção de consciência**. 2012. Disponível em: <<https://cleofas.com.br/o-medico-e-a-objecao-de-consciencia/>>. Acesso em: 30 maio 2019.

BRASIL. **Código Civil (2002)**. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. **Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem (2017)**. Brasília, DF, 06 nov. 2017. Disponível em: <<https://portal.coren-sp.gov.br/noticias/novo-codigo-de-etica-dos-profissionais-de-enfermagem/>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

BRASIL. **Código de Ética Médica (2009)**. Brasília, DF, 24 set. 2009. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>>. Acesso em: 28 maio 2019.

BRASIL. **Código Penal (1940)**. Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 mai. 2019.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Lei nº 12845, de 01 de agosto de 2013. Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. Brasília, DF, 01 ago. 2013. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12845.htm>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm>. Acesso em: 30 maio 2019.

BRASIL. STF. **ADPF nº 54**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54 .pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf)>. Acesso em: 28 maio 2019.

CALSAMIGLIA, Albert. Sobre la eutanásia. In: VÁSQUEZ, Rodolfo. **Bioética y derecho; fundamentos y problemas actuales**. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica e Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2002. p. 151-175.

CAMARGO, Maria da Graça et al. Objeção de consciência e aborto legal sob a perspectiva da saúde: Revisão integrativa. **Revista de Enfermagem: UFPE Online**, Recife, v. 6, n. 8, p.1774-1781, jun. 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2014.

CARDOSO, Alaércio. **Responsabilidade Civil e Penal dos Médicos nos Casos de Transplantes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 438 p.

CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações técnico-jurídicas**. Rio de Janeiro: Del Rey, 2005. 552 p.

CHARLEAUX, João Paulo. Quais os obstáculos à objeção de consciência no alistamento militar. **Nexo Jornal**. São Paulo, p. 1-10. jun. 2017. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/06/16/Quais-os-obstaculos-a-objecao-de-consciencia-no-alistamento-militar>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

COSTA, Maynara. **Objeção de consciência dos profissionais da saúde e responsabilidade civil do Estado**. 2016. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/maynara-costa-advoc/artigos/objecao-de-consciencia-dos-profissionais-de-saude-e-responsabilidade-civil-do-estado-2446>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. A objeção de consciência e a ordem jurídica. **Revista de Ciência Política**, Brasília, p.36-55, jun. 1968. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rcp/article/download/58960/57415>. Acesso em: 02 jun. 2019.

DIAS, Roberto. **O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 239 p.

DINIZ, Débora. Estado laico, objeção de consciência e políticas de saúde. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p.1704-1706, set. 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v29n9/a02v29n9.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

DINIZ, Débora. Objeção de consciência e aborto: Direitos e deveres dos médicos na saúde pública. **Revista de Saúde Pública**, [s. L.], v. 5, n. 45, p.981-985, jul. 2011. Disponível em: <<http://www.ppgbios.ufrj.br/index.php/pt-BR/producao-intelectual/docente/152-objecao-de-consciencia-e-aborto-direitos-e-deveres-dos-medicos-na-saude-publica>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

DINIZ, Débora; MENEZES, Greice (Ed.). **Aborto: Saúde das mulheres**. Disponível em: <<https://www.scielosp.org/article/csc/2012.v17n7/1668-1668/pt/>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **A eutanásia no Brasil**. 2015. Disponível em: <http://novo.more.ufsc.br/artigo_revista/inserir_artigo_revista>. Acesso em: 28 maio 2019.

DUARTE, Gabriela. **Aborto legal: Quando escolher é um direito.** 2015. Disponível em: <http://www.clicrbs.com.br/sites/swf/dc_aborto_legal/index.html>. Acesso em: 01 jun. 2019.

FIUZA, Rogério. **Classificação das obrigações e sua repercussão prática.** 2016. Disponível em: <<https://fiuzarogerio.jusbrasil.com.br/artigos/317092745/classificacao-das-obrigacoes-e-sua-repercussao-pratica>>. Acesso em: 28 maio 2019.

GOUVEIA, Bacelar. **Objecção de Consciência.** In: **Dicionário Jurídico da Administração Pública.** Lisboa: Arco Íris, 1994. p. 187.

HARRIES, Jane et al. **Conscientious objection and its impact on abortion service provision in South Africa: a qualitative study.** 2014. Disponível em: <<https://www.pubfacts.com/detail/24571633/Conscientious-objection-and-its-impact-on-abortion-service-provision-in-South-Africa-a-qualitative-s>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

HERINGER JUNIOR, Bruno. **Objecção de consciência e direito penal: justificação e limites.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

IANNONE, Leone. **Objecção de consciência.** 2011. Disponível em: <https://ohsjd.org/resource/obiezioneleone-iannone_por>. Acesso em: 01 jun. 2019.

KOURY, Adilon Passinho. **A objecção de consciência do médico em sua relação com o paciente.** 2015. 206 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Cesupa - Centro Universitário do Pará, Belém, 2015. Disponível em: <http://www.cesupa.br/Mestrado-Direito/dissertacoes/ObjecaoConscienciaMedico_A_Koury>. Acesso em: 01 jun. 2019.

LEIRIA, Cláudio da Silva. **Testemunhas de Jeová: Religiosos têm direito a negar transfusão de sangue.** 2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-jun-20/testemunhas-jeova-direito-negar-transfusao-sangue?pagina=3>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

MACHADO, Marco Augusto Ghisi. **A objecção de consciência no exercício da medicina: conflitos entre o dever ético-profissional e a autonomia de vontade do paciente.** 2016. 139 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciências Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí - Univali, Itajaí-SC, 2016. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Marco%20Augusto%20Ghisi%20Machado>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. **Direitos humanos e objecção de consciência: uma questão fundamental.** 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44949/direitos-humanos-e-objecao-de-consciencia>>. Acesso em: 28 maio 2019.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico.** Porto Alegre: Sagra Luzzato, 1998.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

ORTEGA, Flávia Teixeira. **A responsabilidade civil do médico**. 2017. Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/413767473/a-responsabilidade-civil-do-medico>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

ORTIZ, Eduarda Miri. **Aborto legal e objeção de consciência**: condições para o exercício e compatibilização desses direitos. 2017. 81 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Ufpr, Curitiba, 2017. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/55361/EDUARDA%20MIRI%20ORTIZ.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

PRETEL, Mariana. **Da responsabilidade civil do médico**: A culpa e o dever de informação. 2010. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/darresponsabilidade-civil-do-medico-2013-a-culpa-e>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

QUEIROZ, Phillipe Ramon Cerqueira. Responsabilidade civil do médico e direitos fundamentais: A objeção de consciência como excludente de responsabilização do profissional de saúde. **Virtuajus**, Belo Horizonte, v. 3, n. 4, p.218-229, abr. 2018. Semestral. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/17777/17777-64970-1>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

SANCHES, Mário Antonio. **Objecção de consciência**: reflexões no contexto da bioética. 2012. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/opiniaio/artigos/objecao-de-consciencia-reflexoes-no-contexto-da-bioetica-7k53hz3skz0crfv0sr2j55a32/>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

SOUZA, Nilva. **O direito de morrer e a objeção de consciência**. 2015. Disponível em: <<https://jornalggn.com.br/noticia/direito-de-morrer-e-a-objecao-de-consciencia-marcelo-semer/>>. Acesso em: 30 maio 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Método, 2017. 1107 p. Volume Único.

WICCLAIR, Mark R.. **Conscientious objection in health care**: An ethical analysis. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.