



CENTRO UNIVERSITÁRIO FAMETRO

CURSO DE DIREITO

ANDREZA DE SOUSA ALVES

A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA DO MÉDICO EM FACE AO ABORTO

FORTALEZA

2020

ANDREZA DE SOUSA ALVES

A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA DO MÉDICO EM FACE AO ABORTO

Artigo TCC apresentado ao curso de Direito do Centro Universitário Fametro – Unifametro – como requisito para a obtenção do grau de bacharel, sob a orientação da prof^a. M^a. Taís Vasconcelos Cidrão.

FORTALEZA

2020

ANDREZA DE SOUSA ALVES

A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA DO MÉDICO EM FACE AO ABORTO

Artigo TCC apresentado no dia 25 de junho de 2020 como requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito do Centro Universitário Fametro – Unifametro – tendo sido aprovado pela banca examinadora composta pelos professores abaixo:

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. M^a. Taís Vasconcelos Cidrão

Orientadora – Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza

Prof^a. M^a. Milena Britto Felizola

Membro - Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza

Membro - Prof. Me. Matheus Atalanio Alves de Sousa

Membro - Centro Universitário 7 de setembro

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a objeção de consciência do médico com relação à prática do aborto. A objeção de consciência é o instrumento por meio do qual o objetor deixa de cumprir norma a todos imposta, quando esta é incompatível com os desígnios de sua consciência. O referido instituto é decorrente do direito à liberdade de consciência e da dignidade da pessoa humana. O aborto é a interrupção da gestação com o conseqüente fim da vida em gestação. A legislação brasileira criminaliza o aborto, entretanto deixa de aplicar a pena para o aborto quando há riscos de morte da gestante, gravidez decorrente de estupro, ou quando o feto é anencéfalo. Nessas situações, o aborto deve ser realizado por médico. Nesse contexto, a objeção de consciência tem sido um importante instrumento de proteção da liberdade de consciência desses profissionais.

PALAVRAS CHAVE: Aborto. Objeção de Consciência. direito à liberdade.

1 INTRODUÇÃO

Poucas questões tem o condão de suscitar tantas discussões como o aborto. São diversos aspectos envolvidos, tais como o termo inicial da vida, o conceito de pessoa, o direito de liberdade de escolha das mulheres, a eficácia da política criminal e as mortes causadas por abortos criminosos.

Menos comum, entretanto, é a discussão acerca de outro personagem necessariamente envolvido nessa questão: o médico. O referido profissional possui um papel central no que tange ao aborto, uma vez que ele é o responsável pela sua realização nas hipóteses em que a lei penal não impõe sanção. Nesse liame, o presente trabalho busca estudar o instituto da objeção de consciência do médico em face do aborto.

Para tanto, faz modesto estudo acerca do direito à liberdade. Inicialmente traça um breve panorama histórico do tema. Posteriormente,

discute suas múltiplas acepções, tais como o direito à liberdade de consciência e à liberdade de expressão, as consequências de seu exercício e os temas específicos do direito de resistência e objeção de consciência.

Faz-se ainda, modestas considerações acerca do aborto no que concerne ao modo como é tratado pelo direito brasileiro, tratando de assuntos referentes ao campo do direito civil, como os direitos do nascituro e o marco inicial para os direitos de personalidade, de aspectos penais tais como a criminalização do aborto e os casos em que a pena não é aplicada, e de decisões de extrema importância no tocante ao tema do aborto, notadamente as Arguições de descumprimento de preceito fundamental 54 e 442 e o Habeas Corpus 124.306/2016.

Por fim, se analisa a conjuntura jurídica do instituto da objeção de consciência do médico. Busca compreender sua importância e aplicabilidade, bem como discutir os aspectos legais e técnicos normativos referentes ao tema. Não há, contudo, qualquer pretensão de esgotar a matéria discutida no presente trabalho, haja vista a magnitude e complexidade do tema tratado.

2 A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA

2.1 Conceito de liberdade de pensamento

A liberdade de pensamento diz respeito ao direito do ser humano de se orientar conforme os imperativos de sua própria consciência. Nesse sentido, trata-se de uma condição inerente à própria natureza humana, enquanto ser racional.

Tal direito é considerado pela doutrina constitucionalista como um direito fundamental de 1ª geração, sendo, portanto, um direito de natureza negativa, ou seja, pressupõe uma abstenção estatal no sentido de que, para que seja assegurado, é necessário apenas que o Estado não o viole nem permita que outros o façam. (TAVARES, 2012, p. 501)

Assim, salvaguardar a liberdade de pensamento se mostra uma tarefa relativamente simples, posto que não traz grandes ônus materiais ou exige forte aparato Estatal para que aconteça.

2.2 A evolução histórica da liberdade de convicção como bem jurídico tutelado

Por razões óbvias, é impossível impedir alguém de pensar livremente, não há como uma lei impossibilitar algo que ocorre na ordem psicológica do indivíduo, mas a liberdade de pensamento enquanto bem jurídico tutelado nem sempre foi garantida como um direito do indivíduo.

A civilização Grega traz um dos primeiros marcos na evolução do direito à liberdade de pensamento: a democracia. Embora fosse restritiva, a democracia Grega representa um avanço enorme com relação às civilizações que a precederam, sobretudo pelo lugar de destaque dado ao pensamento e a razão naquela sociedade. (CARVELLI; SCHOLL, 2011, p. 169)

A tradição judaico-cristã trouxe avanços ao campo dos direitos. O primeiro ponto a ser destacado é que “para esta doutrina” todos os seres humanos são iguais em valor, por serem “filhos de Deus”, e terem sido criados a Sua imagem e semelhança. (MARTINS, 2012) Vale destacar, também, que o cristianismo anuncia o esboço do que viria a ser a dignidade da pessoa humana, hoje reconhecida como fundamento do Estado Democrático de Direito.

No contexto da chamada Idade Média, observamos como principal avanço o estabelecimento de direitos em oposição ao Estado. Nesse contexto, tem-se a Magna Carta de 1215, documento da mais alta relevância dentro da história do constitucionalismo, responsável por erigir direitos aos barões revoltados com o rei João sem Terra. (FERREIRA FILHO, 2012)

Igualmente, ainda no contexto da Idade Média, conforme dispõe Martins Filho, ao discorrer sobre a contribuição Tomista para o Direito Natural:

A lei positiva, tanto quanto a lei natural, se aplica a todos, governantes e governados: “Todo aquele que estabelece um direito para outro deve usar o mesmo direito” (I-II, q. 96, art. 5, ad 3). Nesse

sentido, S. Tomás, em plena Idade Média, deixava claro que os reis estavam submetidos às leis que impunham aos súditos, não gozando de privilégio no que diz respeito principalmente ao direito natural. (MARTINS, 2012, p. 7983)

Mesmo em sociedades consideradas progressistas para a época, como a civilização grega, a liberdade de pensamento era bastante limitada e restrita a um grupo elitizado dos chamados cidadãos. Embora a liberdade não fosse absoluta, é na Grécia antiga que se encontra a base sobre a qual se ergueu a moderna liberdade de pensamento, em função do regime democrático que pressupõe a pluralidade de ideias. (FERREIRA FILHO, 2012, p. 1432 – 1440)

Com o Iluminismo, houve um resgate do pensamento clássico e a colocação do antropocentrismo como paradigma, no qual a figura do homem aparece como centro do universo. Nesse contexto, a liberdade passa a ser não apenas uma simples condição natural inerente ao ser humano, mas torna-se um dos objetos centrais de suas reflexões e produção intelectual.

Como consequências desse pensamento, surgem as ideias liberais que são a força motriz para as revoluções do século XVIII e XIX, das quais resultaram documentos categóricos para o direito à liberdade, como a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, em 1789. (TAVARES, 2012, p. 544)

Vale transcrever o texto dos dois primeiros artigos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, dado o lugar de destaque ocupado pelo direito à liberdade, no referido documento:

Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão (FRANÇA,1789, online).

A Revolução Francesa marca o início da modernidade, a partir da qual a liberdade em tese passou a ser entendida e protegida como um direito fundamental do ser humano.

No século XX, o direito à liberdade foi positivado como direito universal do homem, através da declaração universal dos direitos humanos de 1948, que tem como grande mérito ser o “primeiro texto jurídico-internacional que apresenta um catálogo completo dos direitos humanos.” (TAVARES, 2012, p. 548). Cumpre ressaltar o texto do primeiro artigo do citado documento:

Artigo I

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. (NAÇÕES UNIDAS, 1948, online).

A partir deste ponto, a liberdade de pensamento, passou a ser reconhecida como direito humano fundamental do ser humano, e não do cidadão deste ou daquele Estado. Dessa forma é vedado aos Estados tolher tal direito, sob pena de violação de direitos humanos.

2.3 Liberdade de Pensamento versus Liberdade de Expressão

Como dito, o pensamento ocorre na esfera psicológica do indivíduo. Assim, sua proteção enquanto direito se dá no campo formal, tendo em vista que não é possível coagir alguém, por força de lei, a pensar ou deixar de pensar de uma forma específica. A liberdade de expressão, por sua vez, se refere à externalização deste pensamento, podendo trazer impactos que vão além da esfera individual do sujeito.

A proteção ao direito à liberdade de expressão é a verdadeira proteção concreta ao livre pensamento, uma vez que de nada vale a consciência individual se essa não pode ser externada pelo indivíduo. Nesse sentido é a lição de Fernanda Carolina Torres:

Viver dignamente pressupõe a liberdade de escolhas existenciais que são concomitantemente vividas e expressadas. Dito de outro modo, viver de acordo com certos valores e convicções significa, implícita e explicitamente, expressá-los. (TORRES, 2013, p. 61)

Essa exteriorização da liberdade de consciência se dá de várias formas, como ensina Ingo Wolfgang Sarlet que, ao discorrer sobre como a Constituição de 1988, sistematiza o tema:

Para uma compreensão geral das liberdades em espécie que podem ser reconduzidas à liberdade de expressão (gênero), e considerando as peculiaridades do direito constitucional positivo brasileiro, é possível apresentar o seguinte esquema: (a) liberdade de manifestação do pensamento (incluindo a liberdade de opinião); (b) liberdade de expressão artística; (c) liberdade de ensino e pesquisa; (d) liberdade de comunicação e de informação (liberdade de “imprensa”); (e) liberdade de expressão religiosa. (SARLET, 2018, p. 8928)

Assim, a emissão de opinião, seja por palavra falada ou escrita, compreende apenas uma parte de um direito mais amplo que abarca outras formas de expressão.

Dessa forma, a liberdade de opinião é a mais básica forma de liberdade de expressão e se refere à possibilidade do indivíduo se filiar a corrente de pensamento que quiser ou a corrente de pensamento nenhuma. O mesmo valendo para crenças religiosas, ou de qualquer espécie, podendo expressar-se conforme essas convicções. (SILVA, 2014, p. 243-244)

A liberdade de expressão artística é assegurada pela Constituição no art. 5º, IX, verbis: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;”.

A liberdade comunicação e de informação tem lugar de destaque no âmbito das proteções às liberdades, chegando ao ponto de ser entendida como um “sobredireito” pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADPF 130, da relatoria do Ministro Aires Brito, da qual segue trecho:

[...] Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua exclusão, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. (BRASIL, 2009, online, grifos do autor).

No que concerne a liberdade de expressão religiosa, a Constituição estabelece, no seu Art. 5º, VI, a inviolabilidade da crença, assegurando ainda a liberdade do exercício dos atos religiosos e proteção dos locais de cultos e suas liturgias.

Ao mesmo tempo em que a constituição traz o referido ao cidadão, no sentido de que lhe assegura o exercício de sua fé, traz vedações ao Estado, buscando que este não interfira no exercício dos direitos daquele, seja interferindo na sua liberdade religiosa ou adotando uma religião oficial, conforme leitura do Art. 19, inciso I, da Constituição Federal:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

Nesse sentido, fica claro que a laicidade do Estado não o transforma em ateu, do mesmo modo, é inegável a influência dos valores cristãos na construção histórica dos atuais direitos fundamentais, conforme já demonstrado. Assim, a laicidade do Estado, ao invés de proteger o Estado das religiões, busca proteger as religiões da intervenção Estatal, impedindo que este se imiscua em seus cultos e liturgias e que adote religião oficial, o que geraria prejuízos às demais crenças.

Como se observa, a liberdade goza de proteção destacada dentro do ordenamento constitucional pátrio. Todavia, o exercício da liberdade pode implicar em situações nas quais outros direitos possam ser ameaçados. Nesse contexto é necessário que haja mecanismos para sanar tais conflitos, os quais serão explanados no próximo tópico.

2.4 A exteriorização da liberdade de convicção e suas consequências jurídicas

Como observado, ao mesmo tempo em que é necessário proteger a liberdade de expressão, é igualmente necessário estabelecer que essa liberdade não seja absoluta, já que ultrapassa a esfera do próprio sujeito causando impacto a outros indivíduos ou a toda a sociedade.

Conforme estabelecido, é assegurado ao indivíduo o direito de se orientar conforme os ditames de sua própria consciência, assim como expressá-la livremente, sem prejuízo de eventual responsabilização. Há, no

entanto, ocasiões nas quais seguir os ditames de sua consciência pode implicar, em tese, no descumprimento de alguma norma.

Antes de entender como ocorrem as limitações à liberdade de expressão, é necessário que se estabeleça que tipo de norma ela é. Segundo Alexy, as normas podem ser classificadas como regras e princípios. As primeiras são aquelas em que a aplicação se dá de forma integral ou não ocorre. As segundas são mandamentos de otimização, em que se busca a aplicação na maior medida possível. (ALEXY, 2015, p.90 - 91)

Os direitos fundamentais constituem normas da modalidade princípio (SILVA, 2014, p.180). Assim, possuem um conteúdo que representa um núcleo valorativo considerado essencial aos seus titulares. A liberdade de expressão, como direito fundamental, é norma de natureza principiológica, desse modo, sua aplicação se dá de forma ponderável, de acordo com os demais direitos fundamentais com os quais venha a eventualmente colidir.

Dito isso, a própria constituição já prevê limites ao exercício da liberdade de expressão quando, por exemplo, veda o anonimato daquele que a exerce (art. 5º, IV), ou quando assegura o direito de resposta, sem prejuízo de eventuais perdas e danos, àquele que tem sua honra, intimidade, imagem ou vida privada prejudicada por outrem (art. 5º, V, X).

Nesse sentido o Código civil de 2002, impõe o dever de indenizar àqueles que por ato ilícito causem dano a outrem. Aduz ainda que a conduta albergada por exercício de direito legítimo pode ser considerada ilícita, quando o titular abusa do exercício de ser respectivo direito, verbis:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (BRASIL, 2002, online).

As situações em que o indivíduo excede os limites em seu direito à liberdade de expressão, por exemplo espalhando informações falsas que ferem

a honra de alguém, pode muito bem ser enquadrada no dispositivo supramencionado, dando ensejo ao dever de indenizar.

Não obstante, há ainda a previsão de dispositivos de natureza penal, que visam coibir o exercício indevido da liberdade de expressão, são os chamados crimes contra a honra, previstos no Capítulo V, do Decreto-lei 2.848, de 1940 (Código Penal), quais sejam a Calúnia (Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime), a Difamação (Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação) e a Injúria (Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro).

Além disso, existem situações em que o direito fundamental à liberdade de crença entrará em contraponto a outros direitos fundamentais igualmente exercidos de forma legítima, em princípio, dando ensejo à chamada colisão de princípios tratada por Robert Alexy (2015).

Diante dessas situações deve ser analisado qual o princípio terá mais peso de acordo com as circunstâncias do caso concreto, sem que, contudo, o princípio não aplicado seja afastado do ordenamento jurídico. (ALEXY, 2015, p. 93-103)

O exercício do direito à liberdade de expressão em uma sociedade plural como a brasileira tem o potencial de criar diversas situações em que o referido direito entre em colisão com outros direitos fundamentais, como por exemplo, a honra e a imagem. Nesse contexto, um dos mecanismos para uma possível solução judicial é justamente a teoria da colisão de princípios de Alexy, cuja aplicação pode ser verificada no seguinte julgado:

CONSTITUCIONAL E CIVIL. APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. MATÉRIA JORNALÍSTICA. LIBERDADE DE IMPRENSA. DIREITO DE INFORMAÇÃO E EXPRESSÃO. PESSOA PÚBLICA. HONRA PESSOAL. CRÉDIBILIDADE. COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS. LEI DO SOPEAMENTO. SENTENÇA MANTIDA. 1. É patente a existência de colisão entre direitos fundamentais mercedores de igual proteção constitucional. De um lado, o direito a liberdade de imprensa e de informação (CF, art. 5º, IV, V, IX e XIV, art. 220, §§ 1º e 2º) – apontados como direitos fundamentais colidentes – e, de outro, o direito da personalidade do autor apelado (CF, art. 5º, X) – apontado como direito fundamental colidido. 2. A solução do conflito e a determinação sobre qual princípio há de prevalecer e qual há de ceder, no caso concreto, submete-se a lei do

sopesamento, segundo a formulação de Robert Alexy. [...] 7. Apelo desprovido (ACRE, 2017, online).

Assim, fica evidente que o direito à liberdade de convicção quando exteriorizado encontra limitação nos demais direitos fundamentais igualmente protegidos. Sendo assim, o abuso do referido direito pode gerar consequências tanto cíveis quanto penais ao seu titular.

2.5 A livre convicção e a objeção de consciência

Conforme estabelecido, é assegurado ao cidadão o direito de se orientar pelos imperativos de sua consciência. Nesse contexto, surge o direito de resistência, entendido como a conduta de enfrentamento daquilo que se considera injusto em face de uma orientação moral, jurídica ou política, seja esse ato injusto decorrente das normas, dos agentes do Estado, ou mesmo de terceiros. (BUZANELLO, 2005, p. 19-20)

O direito de resistência não está previsto expressamente na constituição, mas está subentendido como decorrência do regime democrático e do princípio da dignidade da pessoa humana. É importante ressaltar que o rol de direitos fundamentais trazidos expressamente no texto constitucional não é taxativo, como a própria traz a previsão, no Art. 5º, § 2º:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

O direito de resistência pode ser exercido de várias formas, das quais será ressaltada a objeção de consciência. A objeção de consciência é uma forma de resistência pautada na liberdade de consciência, na qual o indivíduo pretende se opor a uma imposição geral ou específica, respaldado por uma posição moral protegida pelo direito. (BUZANELLO, 2001, P. 174-175)

A Constituição Federal prevê duas formas de objeção de consciência, uma geral: prevista no Art. 5º, VIII, cujo texto segue transcrito:

ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; (BRASIL, 1998, ONLINE)

A outra é específica ao serviço militar obrigatório e está prevista no Art. 143, § 1º, conforme se observa:

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 tempo 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. (BRASIL, 1998, ONLINE)

A opção do constituinte por trazer a objeção de consciência ao texto constitucional deixa clara a importância do referido instituto, ainda mais por ser um direito fundamental, conseqüentemente cláusula pétrea, na forma do Art. 60, § 4º da lei maior.

A relação de interdependência entre a liberdade de convicção e a objeção de consciência é evidente em um Estado Democrático de Direito. Ora, se a lei fosse imposta a todos de forma absoluta a despeito da individualidade de crenças, como se poderia dizer que há livre convicção?

Entretanto, é necessário ressaltar que a objeção de consciência não implica em um salvo conduto para desobedecer às leis, para que o objetor tenha êxito em sua pretensão, a causa precisa ter amparo jurídico, seja no sentido da preexistência da previsão normativa para aquela objeção ou do reconhecimento da legitimidade desta.

Há inclusive previsões específicas de objeção de consciência no exercício de profissões, como para a recusa do patrocínio de causa pelo advogado, ou da objeção de consciência do médico em exercer sua profissão em contradição à sua consciência, conforme será melhor abordado em momento oportuno.

3 O ABORTO E SEU STATUS JURÍDICO

O aborto envolve diferentes acepções jurídicas, tais como a vida da criança ou a expectativa de vida do embrião, o direito à liberdade da mãe ou possível caracterização de homicídio por ela praticado, o dever do médico de realizar o procedimento cirúrgico ou o seu direito à objeção de consciência.

Esta última questão se mostra ainda mais sensível quando se trata de médico que atua na rede pública de saúde, onde é garantido às brasileiras acesso à saúde. Nesse sentido, cumpre indagar se o aborto é, de fato, uma questão de saúde pública, devendo, portanto, ser albergado pelo Sistema Único de Saúde (SUS), ou se deve continuar sendo caracterizado como crime e, portanto, de competência do sistema de persecução penal.

Cumpra, antes de tudo, apresentar certas premissas básicas sem as quais a discussão sobre o tema se torna nebulosa e infrutífera, haja vista a natureza polêmica que o tema inevitavelmente carrega.

3.1 O que é aborto?

Tendo em vista que a vida humana se desenvolve após a concepção, ou seja, a fertilização do ovócito de uma mulher por um espermatozóide de um homem, e que este desenvolvimento é contínuo, inclusive após o nascimento. Na opinião de Moore e Persaud, (2012, p. 1), o aborto é o assassinato de um novo ser humano em desenvolvimento.

O aborto pode ser conceituado como “[...] a remoção ou expulsão prematura de um embrião ou feto do útero, resultando na sua morte ou sendo por esta causada” (MALUF, 2013, p. 257).

O aborto pode se dar de duas maneiras: 1) espontaneamente, que acontece por causas naturais e 2) provocado, que é aquele que possui interferência humana (BARCHIFONTAINE; PESSINI, 2002), sendo este último o que será tratado no presente estudo.

O aborto provocado se subdivide em algumas categorias, o terapêutico que é realizado quando a vida da mãe está em risco, o sentimental, que é feito quando a gravidez é resultado de estupro e, por fim, o eugênico que é o realizado em decorrência de má formação fetal (MALUF, 2013).

Em qualquer desses casos, o aborto seria realizado por uma equipe de profissionais da área da saúde capitaneados por um médico. Nesse contexto, cabe o questionamento acerca da liberdade de crença destes profissionais em face da natureza eminentemente complexa do tema.

3.2 A legislação civil referente ao tema do aborto no Brasil

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988, online) assegura como inviolável o direito à vida humana, mas, ao fazê-lo, não traz o marco inicial nem final da vida, deixando em aberto sua definição o que leva a interpretações divergentes, sobretudo no tocante ao momento em que esta se inicia, senão vejamos:

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

Para o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002, online), o ser humano em desenvolvimento ainda não é considerado pessoa, é o que enuncia o referido diploma, *verbis*: “Art. 2º A personalidade civil da pessoa **começa do nascimento com vida**; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (grifos do autor).

Assim, com base no disposto acima, o direito à vida dar-se-ia apenas a partir do nascimento com vida, restando durante a gestação apenas a expectativa desse direito. Tal entendimento é resultado da opção do legislador civil pela teoria natalista, segundo a qual a plena garantia dos direitos de personalidade só é obtida com o nascimento com vida (CARVALHO; AIRES, 2019, p. 263).

Há, contudo, bastante controvérsia referente a esse tema, posto que o próprio Código Civil traz previsão de vários direitos ao nascituro, há exemplo do direito de receber doação (Art. 542), do direito de ter sua filiação reconhecida, ainda que gerado fora do casamento (Art.1609, Parágrafo Único), do direito de poder ter um curador (Art. 1.779) e do direito de suceder em herança (Art. 1.798). Logo, é, no mínimo, incoerente que a lista anterior de direitos negasse ao nascituro o próprio direito à vida (OQUENDO, 2011, p. 21).

Outro ponto interessante é trazido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990, online), em seu sétimo artigo, que traz a previsão de proteção da vida em gestação como direito da criança (e não da mãe), leia-se o art. 7º: “A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde,

mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência” (grifos do autor).

No campo dos tratados internacionais, vale destacar a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, também conhecido como Pacto de São José da Costa Rica (Organização dos Estados Americanos, 1969, online), do qual o Brasil é signatário. O tratado difere radicalmente do Código Civil, ao capitular que a vida possui como marco inicial a concepção e não o momento do nascimento, vejamos: “Art. 4º - Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, **desde o momento da concepção**. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente” (grifos do autor).

Vale ressaltar que, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, em posição adotada no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP, o referido Tratado possui natureza supralegal, estando abaixo da Constituição Federal de 1988, porém acima da legislação ordinária. Vale destaque, alguns fragmentos do voto do ministro Cezar Peluso, relator do citado Recurso:

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

[...]

Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada (BRASIL, 2008, online).

Nesse sentido, parece bastante clara a incompatibilidade do disposto no Art. 2º do Código Civil, que é uma lei ordinária, com a Convenção Americana de Direitos Humanos, tratado internacional com natureza supralegal, portanto, hierarquicamente superior à primeira.

Apesar da incompatibilidade acima, o Código Civil permanece inalterado, e o Código Penal continua a dar tratamento diverso entre aborto e homicídio, conforme será abordado no próximo tópico.

3.3 A LEGISLAÇÃO PENAL ACERCA DO ABORTO NO BRASIL

O aborto é considerado crime pelo Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940, que instituiu o Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940, online), figurando nas seguintes modalidades:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento
 Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

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

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

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

Forma qualificada

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

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

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 (grifos do autor).

Vale destacar que a escolha da expressão “provocar aborto”, empregada no Art. 124, traz um conceito penal aberto, posto que não há definição no Código Penal do que viria a ser aborto. Logo, a identificação do tipo penal exige uma conceituação externa do termo aborto, dada pelas ciências médicas e biológicas (CARVALHO; AIRES, 2019, p. 264).

São punidas, além da conduta da própria gestante que pratica o aborto (art. 124), as condutas daquele que provoca o aborto, tanto sem o consentimento da gestante (Art. 125), quanto de forma consentida (Art. 126).

Vale ressaltar, que não há criminalização do aborto na modalidade culposa, causada por imprudência, negligência ou imperícia, o que mostra que o legislador penal buscou coibir a ação intencional de provocar o aborto.

A capitulação do aborto como uma conduta específica e diferente do homicídio, deixa clara a diferença de tratamento dada pelo legislador penal entre a vida intrauterina (ou expectativa de vida) e a vida extra-uterina. Por outro lado, a escolha da tipificação do crime em comento no Capítulo I – DOS CRIMES CONTRA A VIDA, do Título I – DOS CRIMES CONTRA A PESSOA, revela, para alguns, justamente a caracterização do aborto como um atentado à vida humana. (TAVARES, 2012, p. 579)

Observa-se que a pena para o delito de aborto é inferior à do homicídio simples, previsto no art. 121 da mesma lei, senão vejamos:

Homicídio simples

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II - por motivo fútil;

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

Igualmente é indiscutível que o nascituro não possui condições de se defender o que, caso o aborto fosse tratado como homicídio, levaria à aplicação da qualificadora prevista no Art. 121, §2º, IV acima transcrita.

Nesse sentido, observando-se estritamente o texto do Código Penal, o médico que pratica o aborto, consentido pela gestante, sem que haja risco de morte desta, ou quando a gravidez tenha sido ocasionada por estupro, incorre no tipo penal tipificado no art. 126, para o qual é imputada pena de reclusão de um a quatro anos.

Com relação ao chamado aborto necessário, o Código Penal utiliza a expressão “não se pune” para designar as situações nas quais o aborto pode ser praticado sem que haja a aplicação de sanção penal. Todavia, não significa

que tais condutas não constituam crime, mas tão somente que não são puníveis (CRUZ, 2006, p. 61-65).

Há ainda outra situação na qual a prática do aborto não acarreta em sanção penal. É a hipótese do aborto de anencéfalo, que de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (BRASIL, 2012, online), não é fato típico, posto que segundo o Tribunal não haveria vida humana, além dos riscos à saúde da própria gestante.

Com relação à decisão acima, merecem destaque os questionamentos de Maria Helena Diniz (2017, p. 80):

Não seriam tais alvarás judiciais um precedente para os magistrados se pronunciarem em casos similares ou para permitirem o aborto por outro motivo que acreditam suscetível de sustentar a interrupção seletiva da gestação? Como, então, estabelecer limites gestacionais a esse aborto seletivo? Seria possível efetuar um rol seguro, cientificamente, das patologias incuráveis que justificariam a interrupção da gravidez? Se muitas moléstias consideradas incuráveis no momento do diagnóstico poderão ter cura dentro de alguns anos, como admitir o aborto seletivo? Em que medida o conhecimento médico poderia oferecer suporte científico para o aborto seletivo sem margem de erro no exame fetal? Seria a anencefalia razão suficiente para pôr fim ao feto e legitimar o aborto seletivo pelo simples fato de a vida estar fadada ao fracasso porque a criança não terá capacidade, se nascer, de dar continuidade à pouca vida que lhe resta? A dignidade da vida humana dependeria do tempo de sua duração ou do requisito da viabilidade? O aborto seletivo não seria, na verdade, uma forma de violência contra um ser indefeso, diante do fato de que a natureza apenas deixará sobreviver aquele que tiver condições autônomas de sobrevivência? Para que matar o anencéfalo na vida intrauterina se poderá haver aborto espontâneo ou morte natural se nascer com vida? Para que, então, o aborto, que poderá trazer graves consequências à mãe? Como negar a dignidade do anencéfalo, que possui todos os caracteres da espécie humana? Não merecia respeito o seu direito de viver o tempo que a natureza lhe concederia? Não seria preferível um parto seguido de morte do anencéfalo a submeter a mãe um aborto seletivo, que poderia provocar-lhe alguma seqüela?

As decisões dos tribunais superiores tem sido objeto de várias polêmicas, ainda mais se tratando de uma questão da mais alta importância, como a vida humana. Desse modo, é no mínimo preocupante essa tendência dos tribunais superiores assumirem um papel de protagonismo político passando a atuar como legisladores, tanto no caso supracitado quando nos que serão abortados no tópico subsequente.

3.4 O Habeas Corpus 124.306/2016 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442

Em decisão no Habeas Corpus em epígrafe, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, afastou a prisão preventiva dos pacientes por entender ausentes os requisitos da prisão preventiva e por entenderem que não há crime na prática do aborto até o terceiro mês da gestação, em interpretação conforme a constituição, veja-se:

Ementa: Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. [...] 3. Em segundo lugar, **é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre** (BRASIL, 2016, online, grifos do autor)

A referida decisão apresenta o entendimento de que a criminalização do aborto até o terceiro mês de gestação configura violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, à sua autonomia de fazer escolhas existenciais, à sua integridade física e psíquica que seria maculada pela gestação. A decisão utiliza ainda o argumento econômico de que as mulheres pobres, por não terem acesso à saúde privada, acabam realizando o aborto “da forma que conseguem”, resultando em muitas lesões e óbitos na/da gestante. Isso, entretanto, não está adstrito às famílias de baixa renda, em qualquer caso, público ou privado, clandestino ou em hospitais luxuosos, sempre haverá a mutilação e o óbito do feto gestado.

Em que pese a relevância dos direitos acima elencados, não há como compará-los a estatura jurídica do direito à vida, considerada inviolável pela Constituição Federal de 1988, e necessária ao gozo de todos os outros direitos. Vale salientar que o Estado Brasileiro se comprometeu internacionalmente a proteger a vida humana desde sua concepção.

A decisão também argumenta que a criminalização do aborto até o terceiro mês de gestação é desproporcional, por não ter eficácia em proteger a vida do nascituro, já que os abortos clandestinos continuam a ser praticados. Mostra ainda que o Estado poderia evitar mais abortos através da educação

sexual, dos métodos contraceptivos e do amparo à mulher que almeja manter a gravidez, ainda que em situações difíceis. Ainda com relação à proporcionalidade argumenta que os custos sociais trazidos pela medida são maiores que os benefícios por ela pretendidos.

Ora, em um país onde o número de homicídios, só no período entre 2010 e 2016 é de 402.335 (quatrocentos e dois mil trezentos e trinta e cinco), segundo dados do Governo Federal (IPEA, 2020, online), seria possível afirmar que a criminalização do homicídio do Código Penal também é bastante ineficaz. É também de conhecimento público que a exclusão social e ausência de educação pública efetiva corroboram com um ambiente que, em muitos casos, conduz ao crime, culminando no homicídio. Seria também coerente descriminalizar essa conduta?

Por fim, argumenta que praticamente todos os países desenvolvidos e democráticos não criminalizam o aborto no primeiro trimestre de gestação, citando os Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

Vale ressaltar que nenhum dos países citados aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos, que estabelece a proteção da vida a partir de sua concepção (CARVALHO, AIRES, 2019, p. 270-271).

Com relação ao mesmo tema, mas com potencial de gerar efeitos vinculantes e aplicáveis a todos os cidadãos (Art. 10, § 3º da lei 9.882 de 1999), e ainda produzindo decisão irrecurável e não suscetível à ação rescisória (Art. 12 da lei 9.882 de 1999), tramita no Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, cuja pretensão é descriminalizar o aborto até a 12ª semana de gestação, conforme se verifica em um dos pedidos da petição inicial da referida arguição, verbis:

(c) a confirmação da medida liminar e, no mérito, a procedência da presente Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental para que, com eficácia geral e efeito vinculante, esta Suprema Corte declare a não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas, por serem incompatíveis com a dignidade da pessoa humana e a cidadania das mulheres e a promoção da não discriminação como princípios

fundamentais da República, e por violarem direitos fundamentais das mulheres à vida, à liberdade, à integridade física e psicológica, à igualdade de gênero, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar, de modo a garantir às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com a autonomia delas, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento (BRASIL, 2017, online.)

Do dia 03 e 06 de agosto de 2018 foram realizadas audiências públicas, nas quais foram ouvidos “Mais de 40 representantes dos diversos setores envolvidos na questão, entre especialistas, instituições e organizações nacionais e internacionais, foram selecionados a fim de contribuir com informações para a discussão do tema [...]”, conforme notícia veiculada pelo Supremo Tribunal Federal (BRASÍLIA, 2018, online.).

O julgamento da referida Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental tem o condão de dar a última palavra com relação à legalidade do aborto no Brasil até a 12ª semana de gestação. Considerando a importância do tema, nas mencionadas audiências públicas, foram apresentados diversos argumentos valiosos os quais podem ser lidos na íntegra em transcrição disponível no endereço eletrônico da Suprema Corte.

Em suma, na atual conjuntura jurídica brasileira, a lei civil entende que a personalidade civil se inicia com o nascimento com vida, mas que o nascituro deve ser protegido. Perante a comunidade internacional, o Brasil se comprometeu a proteger a vida intrauterina, ao aderir ao Pacto de São José da Costa Rica, mas não lhe deu efetividade na legislação interna, embora aquele seja hierarquicamente superior. A legislação penal, por sua vez, criminaliza o aborto em geral, embora entenda que em situações especiais por ela previstas, não será aplicada pena. Por fim, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu que não há crime na prática do aborto até o terceiro mês de gestação no julgamento do Habeas Corpus 124.306/2016, é contudo na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442 que a discussão pode encontrar seu ponto final.

Diante desse contexto no qual o ativismo judicial sobrepõe a atividade legislativa decidindo, sem representação popular, questões tão caras à

sociedade, institutos como o direito de resistência e a objeção de consciência se tornam cada vez mais relevantes. No próximo capítulo, será abordada a objeção de consciência do médico que, frente a conjuntura apresentada acima, decide não praticar o aborto, ainda que nos casos onde não há a aplicação de sanção penal para sua prática.

4 O ABORTO E A LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA DOS MÉDICOS

Como visto no capítulo anterior, o aborto intencional é o procedimento por meio do qual se interrompe voluntariamente a gestação com a eventual expulsão do ser humano gestado extinguindo sua vida (ou expectativa de vida).

A realização do referido procedimento na rede pública de saúde do Brasil está condicionada às situações excepcionais previstas no Código Penal, quais sejam o risco de morte da mãe ou o a gravidez causada por estupro, ou à autorização concedida pelo Supremo Tribunal Federal da prática abortiva em razão da anencefalia.

Nas situações acima, o aborto será realizado por médico, em unidade de saúde, assim sendo, deverá obedecer as regulamentações pertinentes ao exercício desta profissão, bem como deverão ser observados os direitos dos profissionais envolvidos.

4.1 O papel da medicina na prática do aborto

No que concerne às diferenças entre o aborto ilícito e o não punido por lei, a mais óbvia é a ausência de aplicação de sanção penal aos envolvidos. Outra, de relevância equivalente, é a realização do procedimento por médico, em ambiente hospitalar adequado, haja vista que o número de mães mortas durante a prática do aborto clandestino constitui um dos principais argumentos para aqueles que defendem sua legalização.

Segundo manchete de matéria publicado pelo jornal Estadão, 4 mulheres morrem por dia em decorrência do aborto no Brasil (2016, online). Os dados oficiais, entretanto, apontam para um número diferente, conforme mostra estudo publicado nos Cadernos de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz, *verbis*:

A análise do SIM mostrou que, entre 2006 e 2015, foram registrados no Brasil 770 óbitos com causa básica aborto. Apesar da variação ao longo dos anos devido à pequena magnitude dos números absolutos, observou-se uma tendência de redução dos óbitos por aborto no Brasil com diferenças regionais. [...] A proporção dos óbitos por aborto entre os óbitos maternos registrados no SIM apresentou redução de 2006 a 2015. Os óbitos por aborto no Brasil eram 5,7% dos óbitos maternos em 2006 e passaram a 4,1% em 2015, tendo sido de apenas 3,2% em 2014. A Região Sudeste apresentou a maior redução da proporção e a Centro-oeste registrou aumento importante, passando de 3,9% em 2006 para 6,1% em 2015 (CARDOSO; VIEIRA; SARACENI, 2020, p. 4).

Embora haja estudos que apontem para subnotificação dos dados oficiais, o que implicaria que os números reais de abortos e óbitos de mães seriam maiores, há certo consenso sobre o número de abortos criminosos serem bastante alto (SORRENTINO; MELO; SANEMATSU, s/d, n.p) .

Outro fato relevante é a tendência de redução no número de mortes de mulheres relacionadas ao aborto. Tal situação se deve, sobretudo, ao advento do medicamento Misoprostol, o chamado Citotec, que chegou no mercado brasileiro por volta de 1986 e passou a substituir os métodos abortivos anteriores, tais como chás, introdução de objetos perfurantes ou sondas ou uso de líquidos cáusticos (DINIZ; CORRÊA, 2009, p. 19-21).

Embora o acesso clandestino ao Misoprostol tenha facilitado a prática do aborto criminoso, haja vista a diminuição da taxa de mortalidade da mãe que opta por essa conduta, ainda há complicações envolvidas, pois a eficácia desse fármaco em extirpar a vida em formação sem riscos à mãe está condicionada a sua correta administração, o que em muitos casos não ocorre.

Nesse sentido, o uso do misoprostol se tornou uma forma de iniciar o processo de aborto clandestino para, em seguida, em face do agravamento do quadro clínico da mulher, dar prosseguimento ao abortamento em unidade de saúde, com auxílio médico (DINIZ; CORRÊA, 2009, p. 37).

Sendo assim, o médico possui um papel central com relação ao aborto visto que será o responsável pela sua efetiva concretização, tanto na hipótese do aborto não punível quanto no aborto criminoso, no qual a mãe inicia a conduta mas, devido a complicações de saúde ou por não lograr êxito no completo abortamento, se dirige à unidade de saúde concluir o procedimento.

Estabelecida a importância do médico durante o procedimento, cumpre mencionar de forma sucinta os métodos indicados pelo Sistema Único de Saúde para a referida prática. Para orientar os profissionais da saúde, o Ministério da Saúde publicou em 2011, a 2ª edição da norma técnica Atenção Humanizada ao Abortamento (BRASIL, 2011, online).

Com relação à natureza jurídica da norma técnica Prevenção e Tratamento dos Agravos da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes, publicada no site do Ministério da Saúde em 1999, Lodi (2006, p. 45) faz as seguintes observações:

Não é uma lei. Também não é uma portaria. Não tem a solenidade de que se costuma revestir um ato administrativo. As “normas técnicas” estão previstas na Lei no. 8.080, de 19 de setembro de 1990:

Art. 15o A União, os estados, o Distrito Federal e os municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:

[...]

V - elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade e parâmetros de custos que caracterizam a assistência à saúde;

VI - elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade para promoção da saúde do trabalhador. (destacou-se)
Ao contrário de uma portaria, uma “norma técnica” não tem um número, não tem data de “entrada em vigor”, não é dividida em artigos e parágrafos e – ao que parece – nem precisa ser publicada no Diário Oficial.

Feitas essas observações, a referida norma traz técnicas a serem empregadas na administração dos fármacos Misoprostol e Ocitocina, na aspiração manual intrauterina (Amiu) e a curetagem uterina (BRASIL, 2011, online).

Os fármacos abortivos causam a expulsão do ser humano em formação do útero podendo ser empregada até o sexto mês de gestação. A Amiu consiste na aspiração do bebê para fora do útero por meio de seringas de vácuo, sendo esta a forma indicada na maioria dos casos de aborto até 12 semanas. Já a curetagem é a raspagem do útero com instrumentos metálicos, procedimento bastante utilizado no Brasil, por ser mais antigo (BRASIL, 2011, online).

Para os que são favoráveis ao aborto, tais métodos são procedimentos de saúde que promovem o que a norma técnica chama de “esvaziamento uterino”. Para os que são contra o referido procedimento, entretanto, tal termo significa assassinar brutalmente uma pessoa e, em que pese a discussão jurídica acerca desse tema já tratada no capítulo anterior, é preciso considerar as convicções morais, religiosas e éticas dos profissionais que efetivamente teriam que realizar o procedimento, sob pena de lhes violar a dignidade, conforme será discutido no próximo tópico.

4.2 A objeção de consciência do médico em face do aborto

Foi discutido no primeiro capítulo o tema do direito à liberdade em múltiplas acepções, dentre as quais destaca-se a liberdade de crença e opinião. É nítido o valor dado a esse direito tanto pelos cidadãos quanto pelo ordenamento jurídico. Desse modo, para que seja concretizado, o ordenamento cria mecanismos de proteção e exercício da liberdade de crença.

Dentre esses mecanismos está o direito à objeção de consciência que, de forma sucinta, significa a oposição à obrigação a todos imposta, em face da incompatibilidade desta com as crenças do indivíduo. A mais conhecida forma de objeção de consciência é a não prestação de serviço militar, conforme o Art. 143, §1º da Constituição Federal de 1988, todavia há outras previsões deste direito, como é o caso da objeção de consciência do médico, prevista no Capítulo I, “PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS”, inciso VII, do Código de Ética Médica, *in verbis*:

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 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018, online, grifos do autor).

Assim, o médico tem direito a exercer sua profissão de modo a não macular a sua consciência, tendo direito de ver respeitadas suas convicções pessoais, políticas e religiosas, podendo deixar de praticar ato contrário às suas convicções, mesmo que tal ato seja previsto em lei, conforme dispõe o documento supracitado:

CAPÍTULO II
DIREITOS DO MÉDICO

É direitos do médico

I - Exercer a medicina sem ser discriminado por questões de religião, etnia, cor, sexo, orientação sexual, nacionalidade, idade, condição social, opinião política, deficiência ou de qualquer outra natureza.

[...]

IX - Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018, online, grifos do autor).

O regramento do Código de Ética Médica, conforme fragmento supracitado, ao garantir a objeção de consciência do médico, apresenta como exceções os casos de urgência e emergência, nos quais não haja outro médico que possa atender o paciente, ou quando a recusa possa trazer danos à saúde do paciente (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018, online).

A norma técnica Atenção Humanizada ao Abortamento (BRASIL, 2011, online), tece considerações questionáveis acerca do exercício do citado direito médico, *verbis*:

é dever do(da) médico(a) informar à mulher sobre suas condições e direitos e, em caso que caiba a objeção de consciência, garantir a atenção ao abortamento por outro(a) profissional da instituição ou de outro serviço. Não se pode negar o pronto atendimento à mulher em qualquer caso de abortamento, afastando-se, assim, situações de negligência, omissão ou postergação de conduta que violem os direitos humanos das mulheres.

O fragmento acima apresenta como dever do médico “garantir a atenção ao abortamento por outros profissionais da instituição ou de outro serviço”. Ora, tendo em vista que o médico utilizou a objeção de consciência por considerar aquela prática incompatível com sua ordem moral, religiosa ou política, seria razoável imputar-lhe a obrigação de garantir um outro profissional para realizar aquela prática?

Tal responsabilidade não deve ser imposta ao médico, pois seria um contrassenso claro ao seu direito de objeção de consciência. Há o entendimento contudo, de que a unidade de saúde deve garantir o referido encaminhamento, conforme se observa:

Vale ressaltar que na ausência de profissional disponível à realização do abortamento legal caberia à gestão sua realização ou encaminhamento, garantindo o acesso e respeitando as decisões dos

profissionais no tocante à objeção de consciência (BRANCO; BRILHANTE; VIEIRA; MANSO, 2020, p. 3).

No mesmo sentido a própria norma técnica de Atenção Humanizada ao Abortamento (BRASIL, 2011, online), em outro momento, apresenta o seguinte entendimento:

Embora exista o direito do médico à objeção de consciência dentro dos limites acima descritos, é OBRIGAÇÃO da INSTITUIÇÃO oferecer aos usuários do SUS todos os seus direitos, inclusive o da interrupção das gestações nos casos previstos em Lei. Qualquer forma de exposição ou negação dos serviços a que tem direito podem ser requeridos e/ou questionados à luz da justiça. Portanto é importante que os gestores e diretores clínicos estejam preparados para a implementação destes serviços nos hospitais públicos do País (grifos do original).

Cumpra ainda esclarecer eventual confusão acerca das hipóteses de cabimento da objeção de consciência do médico referente ao aborto. Quando o médico se nega a praticar aborto criminoso, não precisa invocar a objeção de consciência. Nesse caso, o médico simplesmente está se abstendo de cometer uma conduta tipificada como crime.

A objeção de consciência deve servir ao médico, justamente nos casos em que o aborto pode ser praticado sem que haja crime, pois por razões bastante óbvias não lhe é exigido que pratique uma conduta descrita como criminosa.

Todavia, é justamente nas condutas em que o médico poderia utilizar a objeção de consciência que a norma técnica do ministério da saúde elenca e impõe óbices ao seu exercício. Diz o texto da referida norma:

Não cabe objeção de consciência:

- a) em caso de necessidade de abortamento por risco de vida para a mulher;
- b) em qualquer situação de abortamento juridicamente permitido, na ausência de outro(a) médico(a) que o faça e quando a mulher puder sofrer danos ou agravos à saúde em razão da omissão do(a) médico(a);
- c) no atendimento de complicações derivadas de abortamento inseguro, por se tratarem de casos de urgência (BRASIL, 2011, online).

Em que pese o abortamento que gera risco de morte à mulher não ser punível pelo código penal, é necessário que a avaliação deste risco seja feita

de modo que esta opção só seja adotada em situações em que não haja alternativa, que não o aborto.

Com relação aos casos de opção pelo aborto em decorrência de estupro, do mesmo modo, é necessário que haja critérios razoáveis para determinar o quão urgente é a prática do aborto, posto que, embora se possa argumentar em defesa do sofrimento psicológico da vítima da violência sexual, é preciso considerar os danos de ordem psicológica que podem ser trazidos ao profissional que contraria um imperativo moral que considera absoluto, sob pena de esvaziamento do direito à objeção de consciência.

Por fim, quanto ao abortamento iniciado de forma criminosa, ou seja, não enquadrado nas hipóteses de exceção, é dever do médico empreender o máximo de esforços para salvar a vida tanto da mãe quanto do filho e só proceder com o aborto caso não haja meios para poupar a vida do nascituro, em atenção ao que dispõe o código de ética médica:

É vedado ao médico:

[...]

Art. 15. Descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética.

[...]

Art. 30. Usar da profissão para corromper costumes, cometer ou favorecer crime.

Vale mencionar que há uma quantidade significativa de médicos e profissionais da saúde contrários à prática do aborto. É o que sugerem os estudos relacionados ao tema. Em estudo de revisão sobre o tema do aborto no Brasil durante o período de 2008 a 2018, foi apontado o recurso à objeção de consciência entre 43,5% e 60% dos médicos pesquisados (FONSECA; DOMINGUES; LEAL; AQUINO; MENEZES, 2020, p. 20)

O mesmo estudo também revelou opinião similar por parte dos estudantes de medicina. 50,08% deles são objetores de consciência no caso de gravidez decorrente de estupro e entre os mais religiosos o percentual sobe para, 71,4% (FONSECA; DOMINGUES; LEAL; AQUINO; MENEZES, 2020, p. 20).

Assim, ao discutir a questão do aborto, é necessário considerar os direitos de todos os envolvidos. Em que pese a seriedade da discussão acerca do direito à autonomia da mulher e à vida do nascituro, em última análise, o procedimento de aborto, quando aprovado, será feito por um médico. Dessa forma, a objeção de consciência é um instrumento por meio do qual se dá efetividade ao direito destes profissionais à liberdade de consciência.

A liberdade de decisão é sempre um dos argumentos utilizados por aqueles que defendem o aborto, colocando esse direito acima da vida do nascituro. Por conseguinte, o direito à liberdade de consciência do médico deve ser respeitado com igual fervor. Nesse contexto, o direito à objeção de consciência do médico deve ser preservado ainda que o aborto venha a ser legalizado no Brasil.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou estudar os principais conceitos que envolvem a objeção de consciência do médico em relação ao aborto. Para tanto, foi estudado o direito à liberdade, notadamente quanto à liberdade de consciência que constitui um dos principais direitos assegurados pela Constituição Federal de 1988. Buscou-se, ainda, entender como o aborto é tratado no ordenamento pátrio.

Em que pese o fato do código civil de 2002 estabelecer como marco inicial da personalidade, o nascimento com vida, também assegura direitos ao nascituro. O Estatuto da Criança e do Adolescente protege o direito ao nascimento, o caracterizando como inerente à criança e não à mãe. O Pacto de São José da Costa Rica do qual o Brasil é signatário, estabelece a proteção à vida desde a concepção.

Para a lei penal, o aborto é considerado crime contra a pessoa e contra a vida, mas há três situações nas quais a pena deixa de ser aplicada, quais sejam: o aborto imprescindível para salvar a vida da mãe que corre risco de morte decorrente da gestação; a gravidez decorrente de estupro; e o gravidez de feto anencéfalo.

Não obstante, o Supremo Tribunal apresenta a tendência de descriminalizar o aborto até a 12ª semana de gestação. Está foi a decisão proferida no Habeas Corpus 124.306/2016. Tramita na mesma corte a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442 que trata da mesma matéria, mas que pode decidi-la de forma definitiva e aplicável a todos.

Nesse contexto, é preciso que se proteja o direito dos médicos à objeção de consciência, posto que são estes os profissionais que realizam o aborto nas situações não punidas em lei.

O médico, como qualquer pessoa, goza do direito de liberdade de consciência, podendo se orientar conforme seus próprios valores morais, políticos, culturais e religiosos. Nesse sentido, a objeção de consciência, especificamente quanto ao aborto, surge como um instrumento concretizador do referido direito, posto que de nada valeria ao médico ser contra o aborto se lhe fosse imposto o dever inafastável de realizá-lo.

REFERÊNCIAS

ACRE. Tribunal de Justiça do Acre. Apelação n.º 0713550-63.2013.8.01.0001. Constitucional e Civil. Apelação. Responsabilidade Civil. Matéria Jornalística. Liberdade de Imprensa. Direito de Informação e Expressão. Pessoa Pública. Honra Pessoal. Credibilidade. Colisão Entre Direitos Fundamentais. Lei Do Sopesamento. Sentença Mantida [...].Apelante: Jornal AC 24 horas. Apelado: Sebastião Afonso Macedo Viana Neves. Relator: LaudivonNogueira, 25 de julho de 2017. Disponível em:<https://bityli.com/u3gfT>. Acesso em: 08, jun, 2020.

ALEXY,Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. Outros.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. PESSINI, Leo. Problemas atuais de bioética. 6. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BRANCO, July Grassiely de Oliveira , et al. Objeção de consciência ou instrumentalização ideológica? Uma análise dos discursos de gestores e demais profissionais acerca do abortamento legal. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 36, n. 13, e00038219, Fev. 2019. Disponível em: <http://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/artigo/971/objecao-de-consciencia-ou-instrumentalizacao-ideologica-uma-analise-dos-discursos-de-gestores-e-demais-profissionais-acerca-do-abortamento-legal>. Acesso em: 08 Jun. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, out, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15, mar, 2020.

_____. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 12 abr. 2020.

_____.Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/2009. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (adpf). Lei de imprensa. Adequação da ação. Regime constitucional da "liberdade de informação jornalística", Expressão sinônima de liberdade de imprensa. A "plena" liberdade de imprensa como categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia[...]. Arguente: Partido Democrático Trabalhista. Arguido: Presidente da República. Relator: Carlos Ayres Britto, 30 de abril de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 12 abr. 2020.

_____.Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343/2008. PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas [...]Recorrente: Banco Bradesco S/A . Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Cezar Pesulo, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444> . Acesso em: 20, mai, 2020.

_____.Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 124.306/2016. Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. ausência dos requisitos para sua decretação. Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. ordem concedida de ofício [...]. Paciente: Edilson dos Santos, Rosimere Aparecida Ferreira. Relator: Marco Aurélio, 09 de agosto de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 20, mai, 2020.

_____.Decreto-Lei Nº 2.848 de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal, Brasília, DF, dez, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15, mar, 2020.

_____.Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil, Brasília, DF, jan, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 15, mar, 2020.

_____.Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Atenção Humanizada ao Abortamento. Brasília: 2011. 2. ed. 36 p. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento_norma_tecnica_2ed.pdf. Acesso em: 15, mai, 2020.

_____.Supremo Tribunal Federal. Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental n °442. Preceitos violados os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação, bem como os direitos fundamentais à inviolabilidade da vida, à liberdade, à igualdade, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar [...]. Arguente: Partido Socialismo E Liberdade – PSOL. 06, março, 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=626722558&prclID=5144865#>.). Acesso em: 09, jun, 2020.

_____.Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 54/2012. Feto Anencéfalo – Interrupção da Gravidez – Mulher – Liberdade Sexual e Reprodutiva – Saúde – Dignidade – Autodeterminação – Direitos Fundamentais – Crime – Inexistência. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal [...]. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde CNTS. Intimado: Presidente da República. Relator: Marco Aurélio, 12 de abril de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 02, jun, 2020.

BUZANELLO, José Carlos. Em torno da Constituição do direito de resistência. Revista de informação legislativa: v. 42, n. 168, p.19-20, out./dez. 2005.

Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/917>. Acesso em: 13, abr, 2020.

BUZANELLO, José Carlos. Objeção de consciência : um direito constitucional. Revista de informação legislativa: v. 38, n. 152, p.174-175, out./dez. 2001. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/730>. Acesso em: 13, abr, 2020.

CARVALHO, Gisele Mendes de et al. O Termo Inicial da Vida Humana Dependente e sua Consequente Proteção Penal no Delito de Aborto. QUAESTIO IURIS: v. 12, n. 3, p. 263, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/rqi.2019.39512>. Acesso em: 13, abr, 2020.

CARVELLI, Urbano et al. Evolução histórica dos direitos fundamentais : da antiguidade até as primeiras importantes declarações nacionais de direito. Revista de informação legislativa: v. 48, n. 191, p. 169, jul./set. 2011. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496923>. Acesso em: 10, abr. 2020.

Código de Ética Médica: Resolução CFM no 2.217, 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM no 2.222/2018 e 2.226/2019. Conselho Federal de Medicina, Brasília, 2019. Outros.

CRUZ, Carlos Lodida. Aborto na Rede Hospitalar Pública: O Estado Financiando o Crime. 2006. Monografia – Graduação em Direito, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2006.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948, disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 04, abr, 2020.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DINIZ, Debora et al. 20 anos de pesquisas sobre aborto no Brasil. Ministério da Saúde, Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/publicacoes/outros-artigos-e->

publicacoes/20-anos-de-pesquisas-sobre-aborto-no-brasil/viewf. Acesso em: 20, mai, 2020.

DOMINGUES, Rosa Maria Soares Madeira, et al. Aborto inseguro no Brasil: revisão sistemática da produção científica, 2008-2018. Cadernos de Saúde Pública ISSN 1678-4464. 36 nº.Suplemento 1. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: [mhttp://cadernos.ensp.fiocruz.br/static/arquivo/1678-4464-csp-36-s1e00190418.pdf](http://cadernos.ensp.fiocruz.br/static/arquivo/1678-4464-csp-36-s1e00190418.pdf). Acesso em: 17, abr, 2020.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Outros.

FORMENTI, Lígia. Diariamente, 4 mulheres morrem nos hospitais por complicações de aborto. Estadão, Brasília, 17 de dez. 2016. Saúde. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,diariamente-4-mulheres-morrem-nos-hospitais-por-complicacoes-do-aborto,10000095281>. Acesso em: 05, abr, 2020.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Atlas da Violência 2010 – 2016. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/dados-series/17>. Acesso em: 07,mar, 2020.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de bioética e biodireito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. Tratado de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Outros.

MOORE. Keith L et al. Embriologia Clínica. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. Outros.

OQUENDO, Taiane Nogueira. Não recepção do artigo 128 do código penal brasileiro: (aborto necessário e aborto no caso de gravidez resultante de estupro) pela constituição federal de 1988. 2011. 66 f. Monografia (Graduação em Direito) – Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/34175>. Acesso em: 10, mar, 2020.

Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), nov,1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

Acesso em: 04, abr, 2020

SARLET, Ingo Wolfgang et al. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paul: Saraiva, 2018.Outros.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo.37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. Outros.

SORRENTINO, Sara Romera. Dossiê Aborto Inseguro. Observatório de Gênero. s/d, np. Disponível em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/publicacoes/outros-artigos-e-publicacoes/dossie-aborto-inseguro/view>. Acesso em: 15, abr, 2020.

Supremo Tribunal Federal. STF realiza audiência pública sobre descriminalização do aborto nos dias 3 e 6 de agosto. Notícias STF, Brasília, 30 de julho de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=385093>. Acesso em: 10 jun, 2020.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.Outros.

TORRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. Revista de informação legislativa: v. 50, n. 200, out./dez. 2013. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/502937>. Acesso em: 10, abr, 2020.

VIEIRA, Fernanda Morena dos Santos Barbeiroet al. Aborto no Brasil: o que dizem os dados oficiais?. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 36, n. 13, Set. 2018. Disponível em: <http://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/artigo/975/aborto-no-brasil-o-que-dizem-os-dados-oficiais>. Acesso em: 02 Jun.: 2020.