

**REDE DOCTUM DE ENSINO
UNIDADE SERRA/ES**

**LEONARDO GOMES DE SOUZA
WALLACE SOUZA GOMES**

**O ABORTO LEGAL EM GRAVIDEZ RESULTANTE DE ESTUPRO E A OBJEÇÃO
DE CONSCIÊNCIA DO MÉDICO**

**SERRA/ES
2021**

**LEONARDO GOMES DE SOUZA
WALLACE SOUZA GOMES**

**O ABORTO LEGAL EM GRAVIDEZ RESULTANTE DE ESTUPRO E A OBJEÇÃO
DE CONSCIÊNCIA DO MÉDICO**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito das
Faculdades Doctum de Serra, como
requisito à obtenção do título de Bacharel
em Direito.**

**Área de Concentração: Direito Penal
Professora Orientadora: Fabiane Aride
Cunha**

SERRA/ES

2021

FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: **O ABORTO LEGAL EM GRAVIDEZ RESULTANTE DE ESTUPRO E A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA DO MÉDICO**, elaborado pelos alunos **LEONARDO GOMES DE SOUZA e WALLACE SOUZA GOMES**, foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das faculdades FACULDADE DOCTUM DE SERRA, como requisito parcial da obtenção do título de BACHAREL EM DIREITO.

Serra/ES, ____ de _____ 2021

Prof. Orientador

Prof. Examinador 1

Prof. Examinador 2

SERRA/ES

2021

AGRADECIMENTOS

Foram cinco longos anos de muita luta, estresses, noites mal dormidas, erros e acertos, em contra partida houve muita alegria, momentos intensos de satisfação, orgulho e aprendizado.

Agradecemos primeiramente a Deus por nos proporcionar essa imensurável amálgama sensação de vitória, dever cumprido e conquista.

Agradecemos nossas esposas pela paciência e tolerância nas semanas intensas de provas multidisciplinares, em que o seu apoio e palavras de incentivo foram divisores de água quando o desânimo nos assolou.

Externamos ainda o agradecimento as nossas mães pela garra, coragem e educação que nos proporcionaram dentro de suas limitações.

A todos os nossos familiares que torceram por nós aguardando a chegada desse momento.

Aos amigos que torceram para essa conquista, nos auxiliando sempre que possível de qualquer forma. Não teríamos conseguido sem o apoio de todos vocês.

Agradecemos em especial a professora Fabiane Aride Cunha que desde o primeiro contato na faculdade foi nossa inspiração e referência em Direito Penal, e que tivemos o privilégio de tê-la como nossa orientadora.

“Mudar é complicado, não mudar é perecer.”

Mário Sérgio Cortela

RESUMO

O Aborto ainda é um tema gerador de muita polêmica no Brasil, apesar de alguns dispositivos legais nortearem e tornarem a prática permissiva em hipóteses excepcionais, sendo elas: o aborto de feto anencefálico, o aborto necessário e o aborto sentimental, sendo este o escopo dessa pesquisa, suscitando muita discussão em torno deste tema descriminalizado pelo código penal.

Nesta pesquisa analisaremos o aborto sentimental em detrimento do direito de objeção de consciência do médico, que embora fundamentalmente positivado tem se tornado um óbice ao efetivo direito da gestante, quando busca na esfera administrativa a consumação deste aborto legalmente permitido.

Todavia, hodiernamente, vez ou outra observamos os médicos fazerem uso desse direito como forma de recusa no atendimento dessas vítimas. Analisaremos o direito da gestante vítima de estupro e os limites que regem à avocação do direito do médico nesse conflito.

Palavras-Chave: Aborto. Objeção de Consciência. Conflito. Relativização de Direitos.

ABSTRACT

Abortion is still a subject that generates a lot of controversy in Brazil. Although some legal provisions guide and make the practice permissive, as is the case of abortion of an anencephalic fetus, necessary abortion, and sentimental abortion that is the scope of this research, raising a lot of discussion given the existence of a concrete case involving such.

In this research, we will analyze the sentimental abortion to the detriment of the physician's right to conscientious objection, which, although fundamentally positive, has become an obstacle to the effective right of the pregnant woman, when seeking, in the administrative sphere, the consummation of this legally permitted abortion.

However, nowadays, from time to time, we observe doctors using this right as a way of refusing to care for these victims. We analyze the right of pregnant women victims of rape and the limits that govern the claim of the doctor's right in this conflict.

Keywords: Abortion. Conscientious Objection. Conflict. Relativization of Rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 A HISTÓRIA DO ABORTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	7
2.1 O Primeiro Registro de Aborto como Modalidade de Crime no Brasil	7
2.2 A Abordagem do Aborto no Código Penal da República de 1890	7
2.3 O Aborto no Código Penal de 1940	8
2.4 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54.....	9
3 OS ASPECTOS JURÍDICOS QUE COMINAM NO DIREITO AO ABORTO LEGAL DECORRENTE DE ESTUPRO	11
3.1 Conceito de aborto	11
3.2 O aborto Sentimental	12
3.3 Tipo penal do estupro	13
3.4 Excludente de ilicitude.....	14
4 O DIREITO À OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA DO MÉDICO EM DETRIMENTO DO DIREITO AO ABORTO SENTIMENTAL.....	14
4.1 Objeção de consciência	14
4.2 O acesso ao aborto humanitário na esfera administrativa e o óbice médico.....	15
4.3 O direito ao aborto sentimental sobrepõe ao Direito da objeção de consciência do médico	18
5 CONCLUSÃO	22
6 REFERÊNCIAS	23

1 INTRODUÇÃO

O aborto ainda é um tema longe de ser pacificado no Brasil e gera muitos debates pró e contra esta prática. Embora a legislação vigente preveja hipóteses excepcionais em que ele deixa de ser penalizado e sua realização é possível e assegurada como um direito da gestante na teoria, na prática é outra. Destarte, este Direito está fundamentado no ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente no código penal em seu art.128, II.

À luz do código Penal e da doutrina o aborto supracitado é considerado um fato atípico, pois não configura crime e, em razão disso, não é cabível aplicação de pena pela prática do mesmo. Portanto, estão resguardados em lei a vítima que busca esse amparo legal para efetivar o aborto e o médico que o pratica, em consequência da permissão legislativa. Em que pese haver uma norma jurídica que autoriza o aborto sentimental, a vítima de estupro ao buscar amparo na esfera administrativa vai de encontro ao Direito de objeção de consciência do médico, o que inviabiliza este acesso. Nesta análise abordaremos o direito a objeção de consciência do médico como um óbice ao acesso das vítimas de estupro que buscam na esfera administrativa amparo e auxílio para esta demanda.

2 A HISTÓRIA DO ABORTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

2.1 O Primeiro Registro de Aborto como Modalidade de Crime no Brasil

No ano de 1830 obtivemos o primeiro registro de aborto como modalidade de crime no Brasil tipificado pelo código Penal imperial, de maneira afável e singela. Esta conduta típica era passível de pena somente em situações específicas, em que um terceiro provocasse tal fato, ou seja, o dispositivo supracitado em seus artigos 199 e 200, não atribuía nenhuma sanção imposta a gestante que praticasse o auto aborto como vemos a seguir:

“Art. 199 – Ocasionar aborto por qualquer meio empregado anterior ou exteriormente com o consentimento da mulher pejada. Pena: Prisão com trabalho de 1 a 5 anos. Se o crime for cometido sem o consentimento da mulher pejada. Penas dobradas”.

“Art. 200 – Fornecer, com o consentimento de causa, drogas ou quaisquer meios para produzir o aborto, ainda que este não se verifique. Pena: Prisão com trabalho de 2 a 6 anos. Se esse crime foi cometido por médico, boticário ou cirurgião ou ainda praticante de tais artes. Penas dobradas.”
(TINELI, 2019, pag. 15)

Com uma breve análise dos artigos elencados acima, fica evidente que o escopo do legislador não era de penalizar a mulher pela prática do aborto, e sim exclusivamente o terceiro que o consumasse com ou sem o auxílio daquela, expressando hipoteticamente uma valoração contundente em prol da mulher e deixando o feto ao seu deliberado degredo. Configura-se ainda, um cálculo desproporcional aplicando uma pena mais gravosa a quem auxilia com medicamento abortivo ainda que este não se concretize, em detrimento de uma pena mais branda imposta ao agente que o pratica de fato. (FILHO, 2011, pag. 95).

2.2 A Abordagem do Aborto no Código Penal da República de 1890

A vigência do código Penal da República de 1890 trouxe inovação no âmbito criminal ao imputar uma conduta criminosa a mulher que praticasse o auto aborto; portanto, o que antes era tratado como uma conduta atípica agora é passível de sanção Penal. O dispositivo ampara ainda a redução de pena conferida a parteira e ao médico que não conseguirem impedir o óbito da gestante na modalidade culposa com intuito de salvá-la. (FILHO, 2011, pag. 96)

Neste escopo, TINELI complementa que com o advento do Código Penal da República o auto aborto agora é criminalizado e regulado, além do agravamento na pena em situação fática que ocasione o óbito da gestante, conforme segue nos dispositivos abaixo transcritos:

“Art. 300 - Provocar aborto haja ou não a expulsão do produto da concepção. No primeiro caso: pena de prisão celular por 2 a 6 anos. No segundo caso: pena de prisão celular por 6 meses a 1 ano. §1º Se em consequência do Aborto, ou dos meios empregados para provocá-lo, seguir a morte da mulher. Pena de prisão de 6 a 24 anos. §2º Se o aborto foi provocado por médico, parteira legalmente habilitada para o exercício da medicina. Pena: a mesma procedente estabelecida e a proibição do exercício da profissão por tempo igual ao da reclusão”.

“Art. 301 Provocar Aborto com anuência e acordo da gestante. Pena: prisão celular de 1 a 5 anos. Parágrafo único: Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esses fins os meios; com redução da terça parte se o crime foi cometido para ocultar desonra própria”.

Parágrafo único. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com redução da terça parte, si o crime for cometido para ocultar a desonra própria.

“Art. 302 Se o médico ou parteira, praticando o aborto legal, para salvar da morte inevitável, ocasionam-lhe a morte por imperícia ou negligência. Penas: prisão celular de 2 meses a 2 anos e privado de exercício da profissão por igual tempo de condenação”. (TINELI, 2019, pag. 15)

Conforme transcrito acima, vale ressaltar o art. 301 em seu parágrafo único que comina pena em abstrato reduzida em um terço diante da consumação do fato, em que a gestante praticar a conduta típica para ocultar desonra própria. Nesse sentido aparenta-se que o legislador conferiu maior importância à preservação da honra feminina do que a sua própria incolumidade física ou até mesmo a vida intrauterina. (FILHO, 2011, pag. 96,97)

2.3 O Aborto no Código Penal de 1940

Já em 1940 sob a égide do legislativo, erigiu-se o atual código penal brasileiro criminalizando e tipificando os casos de aborto cominando suas respectivas sanções presentes nos seguintes artigos: 124, 125, 126 e 127. Entretanto, o CP trouxe consigo algumas ressalvas a esta modalidade de crime fundamentadas no artigo 128, que em seus incisos trata de dois casos específicos que não acarretam aplicação de pena, sendo estes, o aborto necessário quando a gestação oferecer risco à vida da gestante e não houver outro meio de salvá-la e o aborto sentimental resultante de estupro ambos realizados por médico (TINELI, 2019, pag. 15):

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.

Segundo BITENCOURT (2007, p. 129, apud TINELI, 2019, p.16) o autor traz em sua obra uma breve análise referente ao tema abordado no código Penal vigente, o qual ratifica que as inovações efetivadas são efeitos decorrentes das mudanças sociais e habituais da década de 30 (trinta):

O código Penal de 1940 foi publicado segundo a cultura, costume e hábitos na década de 30. Passaram mais de 60 anos, e, nesse lapso, não foram apenas os valores da sociedade que se modificaram, mais principalmente os avanços científicos e tecnológicos, que produziram verdadeira revolução na ciência médica. No atual estágio, a medicina tem condições de definir com absoluta certeza e precisão, eventual anomalia, do feto e, conseqüentemente, a viabilidade da vida extrauterina. Nessas condições, é perfeitamente defensável a orientação do anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal, que autoriza o aborto quando o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais, ampliando a abrangência do aborto eugênico ou piedoso.

Na atualidade, em relação aos demais países espalhados pelo mundo o Brasil se encontra situado no grupo da minoria que ainda criminaliza o aborto, caminhando paulatinamente em direção a uma legalização mais abrangente. (TINELI, 2019, pag. 16).

2.4 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54

No ano de 2004 a Confederação dos Trabalhadores na saúde requereu junto ao Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, pleiteando a regulamentação e descriminalização do aborto de fetos anencéfalos tipificadas no código penal como conduta típica, a partir de então originou-se diversas ações e debates norteando a legalização desta modalidade de aborto. (BORGES, 2012, pag.2)

Segundo dados da Organização Mundial da Saúde (OMS), o Brasil se encontra entre os quatro países do mundo com maior número de casos de anencefalia, pois a cada 1.600 (mil e seiscentos) nascidos vivos 1 (um) apresenta a

doença e estes números estão aumentando significativamente a cada dia, o que fomentou o debate acerca da matéria. (FILHO, 2011, pag. 100)

Reitera-se ainda, que 65% dos fetos portadores desta deficiência sofrem parada cardíaca antes mesmo do parto, enquanto que uma minoria ainda pode preservar as funções respiratórias por alguns momentos após o trabalho de parto, vindo a falência desse sistema horas depois do nascimento ou sem situações muito específicas perdurar por alguns dias. (FILHO, 2011, pag. 102)

Segundo especialistas aguardar o desenvolvimento da gestação neste caso, seria apenas uma forma de postergar o sofrimento da mãe potencializando o vínculo afetivo diante de uma futura e inevitável morte do feto. Vislumbrando evitar todo este sofrimento e preservar a saúde mental da gestante, opta-se por interromper a gravidez nestas circunstâncias. (TINELI, 2019, pag. 44, 45)

Após longas discussões, debates e reviravoltas concernentes ao tema, finalmente um marco na direção da legalização (lato sensu) do aborto no Brasil especificada na ADPF nº 54 em 12 de abril de 2012, que descriminalizou e regulamentou o aborto diante da veracidade e comprovação de fetos anencéfalos: (TINELI, 2019, pag. 45):

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO 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 anencéfalos ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

Neste viés o Supremo Tribunal Federal conferiu o Direito à interrupção da gravidez, arrazoando que nestas circunstâncias não há incidência de fato típico, por não caracterizar aborto, por ausência de vida encefálica e impossibilidade de vida extrauterina, configurando apenas em “antecipação terapêutica do parto. (FILHO, 2011, pag.110)

Referente ao Código Penal vigente ser omissivo em relação ao tema, o Ministro Marco Aurelio arguiu que a época da constituição do referido dispositivo legal, o âmbito medicinal não era provido de recursos tecnológicos que possibilitassem o diagnóstico prematuro de anormalidades no feto como é possível na contemporaneidade. Portanto, o ministro salienta inviável que um feto sem

potencialidade de vida seja tutelado por um regulamento que tutela pela vida. (BORGES, 2012, pag. 6)

O ministro acrescenta ainda a impossibilidade de debater as garantias constitucionais e o direito à vida do feto diante dos casos concretos, por se tratar de natimorto com probabilidade quase zero por cento de sobrevivência pós-parto num período de 24 (vinte quatro) horas. (BORGES, 2012, pag. 5)

Em conformidade, intensifica o ministro Luiz Fux em prol do aborto nas condições mencionadas acima, pois este atribui a prática de tortura contra a mulher obrigá-la a prosseguir com esta gestação, ressaltando que a prática de tortura é vedada pela Carta Magna vigente. (BORGES, 2012, pag. 7)

Por fim, o ministro Ayres Britto salienta a faculdade da mulher em prosseguir ou não com a gravidez nestes aspectos, restando exclusivamente à mesma decidir pelo seu futuro e do feto, pois nenhuma mulher está obrigada a interromper a gestação ou mantê-la nestas condições, deixando a cargo a liberdade de escolha sem submetê-la contra a sua vontade ao martírio correspondente a tortura. (BORGES, 2012, pag. 10)

3 OS ASPECTOS JURÍDICOS QUE COMINAM NO DIREITO AO ABORTO SENTIMENTAL

3.1 Conceito de aborto

O aborto pode ser conceituado como a interrupção da gravidez decorrente da destruição do produto da concepção. Destarte, o ato de executar o aborto tem por escopo intervir na gravidez de forma que esta não se consuma por intervenção direta no processo gestacional, extinguindo a vida do nascituro. Esta prática é tipificada como crime a luz do Direito penal, o qual se efetiva com a morte do feto ou embrião, independente se a morte ocorreu no ventre materno ou fora dele. Outro fator desconsiderável, é se o fato decorre da expulsão ou não do feto das entranhas maternas. (ANDREUCCI, 2019, pag. 259)

Neste viés, a Organização Mundial da Saúde conceitua o Aborto como sendo a extração ou expulsão do embrião com peso inferior a 500g, definindo aproximadamente um decurso de tempo entre a 20^a e 22^a semana de gestação. Entretanto, quando este fato é consumado perpassando este limite temporal, fala-se

em aborto prematuro passível de incidência em quaisquer fases da gravidez. (TINELI,2019, pag. 18)

3.2 O aborto Sentimental

O código penal brasileiro em seu artigo 128, inciso II, fundamenta a legalidade desta modalidade de aborto. Destarte, não é atribuída pena quando este é consumado em caso de gravidez que resulte de estupro também denominado de aborto humanitário ou sentimental. (FILHO, 2011, pag. 62)

Constitui-se um direito adquirido, o qual, deve ser praticado por médico seguido do consentimento da gestante ou quando incapaz de seu representante legal o que viabiliza a legalidade do ato. Neste caso não necessita de decisão judicial, nem boletim de ocorrência ou perícia médica. Outrora houvesse a necessidade de comprovações formais para a efetivação desse direito, não se trataria de Direito Universal, pois a lentidão do judiciário em atender as demandas existentes, limitaria o acesso destas mulheres agravando o constrangimento moral, os danos físicos e psicológicos sofridos desde o abuso. (SILVA, 2014, pag.19)

Ocorre na prática o princípio da verdade fática, que garante como verídicas as palavras da vítima, não abrindo margem ao médico ou a unidade de saúde investigar ou questionar o fato e sim prestar total assistência a esta classe de vítimas conforme direciona a lei. Caso a vítima minta acerca dos fatos cabe às autoridades competentes averiguarem e apurarem os fatos. (SILVA, 2014, pag. 20)

É passível de entendimento que o médico é o único agente habilitado para execução do aborto nessa modalidade, sem qualquer margem de analogia *in bonan partem* para habilitar qualquer que seja o terceiro na execução desse procedimento. Entretanto, NUCCI, relata que caso a enfermeira ou outra pessoa venha intervir para evitar a morte da gestante estará isenta de pena:

Se a enfermeira ou qualquer outra pessoa assim agir, poderá ser absolvida por estado de necessidade (causa genérica de exclusão da ilicitude) ou até mesmo por inexigibilidade de conduta diversa (causa suprallegal de exclusão da culpabilidade), conforme o caso. (NUCCI, 2021. pag. 588)

A legislação Penal vigente não prevê nem regulamenta nenhuma espécie de formalização judicial, sob a égide de nortear ou fundamentar uma ordem que

corrobores para efetivação dessa modalidade de aborto, ainda que amparada legalmente. (GRECO, 2019, pag. 174)

3.3 Tipo penal do estupro

Existem em nossa sociedade diversos crimes contra a mulher, inclusive crime contra a liberdade sexual que complementa e oriunda o direito a vítima ao aborto legal. Em suma, o aborto sentimental é decorrente do estupro, sendo este tipificado no art. 213 do CP, o qual nos permite uma vaga noção do constrangimento ilegal sofrido pela mulher neste crime repugnante que o Greco (2019, p. 223) nos ajuda a compreender:

Trata-se de modalidade especial de constrangimento ilegal, praticado com o fim de fazer com que o agente tenha sucesso no congresso carnal ou na prática de outros atos libidinosos. Violência diz respeito à utilização de força física, no sentido de subjugar a vítima, para que com ela possa praticar a conjunção carnal, ou a praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso.

NUCCI ao classificar esta modalidade de crime descreve como comum e naturalístico:

Comum (pode ser cometido por qualquer pessoa); material (o resultado naturalístico é o efetivo constrangimento à liberdade sexual sofrido pela pessoa, com eventuais danos físicos e traumas psicológicos); de forma livre (admite-se a conjunção carnal e qualquer outro ato libidinoso); comissivo; instantâneo; unissubjetivo; plurissubsistente. Sobre a classificação dos crimes, ver o capítulo XII, item 4, da Parte Geral. (NUCCI, 2021, pag. 774)

Para que o crime se consuma basta que haja a introdução do órgão genital masculino na vagina, independente de penetração completa, sendo irrelevante para fins penais a ejaculação efetiva ou não do indivíduo e sua mórbida satisfação sexual. (NUCCI, 2021, pag.775)

Tendo a vítima de estupro contraído uma gestação indesejada, esta possui a faculdade de optar por prosseguir ou não com a gravidez. Destarte, caso decida pela interrupção encontra-se qualificada para executar o aborto na esfera administrativa sem nenhuma restrição legal. Contudo, não é uma decisão fácil para vítima que quando opta por interromper a gestação mesmo de forma legal é vista como uma criminosa, pois, a tendência é pensar somente no feto e nunca nos eventos que o antecederam. (KRUG, 2017, pag. 17)

3.4 Excludente de ilicitude

Segundo NUCCI, o Art. 128, II do CP que trata do aborto sentimental consistente no escopo deste artigo, inviabiliza uma persecução penal diante da consumação do fato, por trazer no bojo de sua matéria uma excludente de ilicitude específica que não distingue na essência das positivadas no artigo 23, CP aplicável somente aos casos concretos neste contexto. (NUCCI, 2021, pag. 587)

Acrescenta ainda, que a gestante está amparada por uma modalidade especial de exercício regular de Direito, pois somente esta, que sofrendo violência sexual consegue mensurar o grau de impacto em seu estado psicológico e de rejeição do feto. (NUCCI, 2021, pag. 589)

4. O DIREITO À OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA DO MÉDICO EM DETRIMENTO AO DIREITO DO ABORTO SENTIMENTAL

4.1 Objeção de consciência

A objeção de consciência médica de acordo com o código de ética constitui-se no Direito do profissional (médico) exercer suas atribuições, sendo impedido de sofrer discriminações relacionadas à religião, sexo, cor, opinião política ou de qualquer outra natureza, bem como o direito de recusar o atendimento a algum paciente por questões de foro íntimo e não incorrer em ato ilícito. (SILVA, 2014, pag.13).

Esta liberdade de Direito adquirida está relacionada a primeira geração de direitos fundamentais, que só foram possíveis de serem efetivadas na época moderna com a evolução e abrangência do direito à liberdade religiosa. Nesta perspectiva as constituições modernas no intuito de fomentarem a proteção desses direitos firmaram um rol de imunidades individuais como liberdade de crença, de pensamento, dentre outros que estariam imunes a intervenção do Estado. Neste contexto é firmado o direito de objeção de consciência do médico. (KRUG, 217 pag. 32)

Direito este fundamentado na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso VI alicerçada no princípio da liberdade que compõe os direitos fundamentais:

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: [...] VI – 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 a suas liturgias. (Bispo, Martins, Pertille, 2016, pag. 13)

Reafirma-se ainda tal positivado e regulado pelo código de ética médico em seu item IX do capítulo II, estabelecendo que, constitui ao profissional a faculdade de recusar-se em realizar atos inerentes ao cargo em que pese, permitidos em lei, mas contrários as suas convicções subjetivas cognitivas. (Bispo, Martins, Pertille, 2016, pag. 26)

4.2 O acesso ao aborto humanitário na esfera administrativa e o óbice médico

TINELI traz uma abordagem interessante acerca do tema em tela, que nos ajuda a sensibilizarmos com estas vítimas tendo em vista que os estupros em sua maioria são consumados por pessoas próximas, do convívio social da vítima:

Geralmente os estupros são cometidos por parentes, amigos, familiares, namorados, ex-namorados da própria vítima. Uma minoria acontece por desconhecidos. Conforme o Instituto de Pesquisas Econômicas e Aplicadas (IPEA), em dados de pesquisa feita em 2014, 70% dos casos ocorrem por pessoas próximas, e no Brasil, 47.646 estupros foram registrados no ano. (TINELI, 2014, pag. 29)

Os números ainda impressionam quando nos deparamos com a grande demanda destes crimes que não são levados as autoridades competentes para apurarem os fatos, e um grande número de complicações decorrentes de abortos clandestinos:

Isso sem contar que apenas 35% dos crimes são denunciados. Se levassem em conta os outros 65% que não reportam o crime, por diversos motivos, entre eles o principal que é o medo, teríamos cerca de 136 mil ocorrências registradas em um ano. Segundo dados ainda do IPEA, em 2014, 1.600 mulheres realizaram abortos legais, entretanto, 200 mil mulheres foram atendidas em hospitais por terem complicações em abortos clandestinos. (TINELI, 2014, pag. 29)

Fica evidente que a concretização do aborto sentimental na esfera administrativa agrega limitações e obstáculos que dificultam a situação das vítimas,

que são negligenciadas quando buscam atendimentos nas unidades do SUS. (MORELI, 2015, pag.14)

Logo, a deficiência em conseguir atendimento em unidades de saúde pública é cada vez mais latente apesar de regulamentada por políticas e normas públicas, as quais, essas políticas integram a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher:

No Brasil, anualmente temos uma média de duzentos e cinquenta mil internações por abortamento, a maioria deles inseguros, no Sistema Único de Saúde. O Estado tem o dever e a obrigação de cumprir a lei, oferecendo serviços de atenção às mulheres e adolescentes vítimas de violência, incluindo o aborto. (MORELI, 2015, pag. 14-15)

Numa tentativa de melhoramento no atendimento dessas vítimas e na redução das mortes decorrentes da prática do aborto clandestino, o ministério da saúde mediante área técnica de saúde da mulher elaborou Norma Técnica de Atenção humanizada ao Abortamento, no intuito desta capacitar os profissionais da saúde no atendimento à mulher. (ANDREUCCI, 2019, pag. 262).

Ocorre ainda de acordo com a Lei n. 12.845/2013 que aborda a garantia do acesso completo as vítimas de violência sexual, fundamentado em seu artigo 1º, o direito ao atendimento emergencial, integral e multidisciplinar nos hospitais, com intuito de atenuar os impactos físicos e psíquicos resultantes de violência sexual, direcionando se necessário ao serviço de assistência social. (ANDREUCCI, 2019, pag. 265).

Silva em sua monografia aponta que muitas mulheres não encontram acolhimento nos serviços públicos de saúde e por isso não exercem o direito resguardado em lei. Ressalta ainda que pesquisas apontam o percentual de 30% das mulheres que abortam na ilegalidade, sendo que estão resguardadas juridicamente, ou seja, possuem atributos legais para abortarem com ajuda médica:

Estudos apontam que até 30% das mulheres que abortam sem assistência médica adequada preenchem os requisitos legais e teriam o direito de fazer interrupção da gravidez, com a devida assistência médica. Mas acabam expostas aos riscos do aborto desassistido. (SILVA, 2014, pag.13)

Apesar da legalidade do Direito a objeção de consciência do médico, este tem sido um óbice no acesso ao aborto sentimental, em consequência do seu mau uso. Logo, a falta de informação e de dispositivos regulatórios acerca do tema (aborto humanitário) acarreta numa conduta inadequada por parte dos profissionais da

saúde e acrescenta ainda que muitas mulheres não encontram acolhimento nos serviços públicos de saúde e por isso não exercem o direito resguardado em lei. (SILVA, 2014, pag. 13)

Neste viés, é evidente o uso equivocado por parte do médico, acarretando em uma ascendente insegurança jurídica que causa inquietação e temor aos defensores do direito da mulher e a esta imensurável consequência, em virtude do mau uso deste direito pelos profissionais que receiam reprimenda social, religiosa ou até mesmo eventual sanção Penal. (BALDEZ, 2019, pag. 25)

Muitas mulheres tem seus Direitos violados mesmo diante da consunção, são sentenciadas pela arbitrariedade médica sem direito a contraditório e ampla defesa, vulneráveis na busca pela consolidação de seus Direitos no âmbito administrativo, conforme reitera (Ortiz, 2017, pag. 10):

[...] apesar da legalidade do ato, na prática, muitas mulheres que estão em plenas condições de usufruir deste Direito encontram na objeção de consciência do médico um verdadeiro óbice ao seu Direito

Na atualidade, os reflexos dos abortos clandestinos impactam diretamente na saúde da mulher, causando desestabilidade dos órgãos e até morte apontando a urgência do problema negligenciado no âmbito da saúde. (MORELI, 2015, p.14)

Silva ao citar Diniz, salienta a vulnerabilidade e dependência das gestantes ao buscarem auxílio médico e se depararem com a negativa de atendimento e obstrução à saúde:

Ao deixar de assistir as mulheres em suas necessidades de saúde, o médico coloca essas pacientes em situação de dependência e vulnerabilidade, levando à obstrução da assistência em saúde. Essa tese admite o direito médico de professar suas crenças e até exercer a militância política contra o aborto. Porém, o profissional tem o dever ético e moral de manter-se neutro no momento de atendimento profissional no serviço público de saúde, pois aí estará revestido como representante do Estado laico. Nesse caso, a liberdade e o direito a recusa ficariam subordinados ao dever de assistência (DINIZ, 2011 apud SILVA, 2014, pag. 6).

A Assembleia Mundial da Saúde no ano de 1967 numa busca por descriminalizar o aborto, atribui e qualifica este como matéria de saúde. Destarte, na intenção de tentar atenuar o problema relacionado as mortes decorrentes de aborto clandestino, em 2004 promove a melhora na saúde materna. Já em 2013 elabora um guia para hospitais e unidades de saúde orientando e trazendo uma nova

roupagem no tratamento de mulheres que buscam o aborto legal no intuito de torná-lo mais seguro. (TINELI, 2014, pag. 31)

4.3 O direito ao aborto sentimental sobrepõe ao Direito da objeção de consciência do médico

A Constituição Federal de 1988 aduz que ninguém poderá ter suprido seus Direitos por motivo de convicção filosófica, política ou religião, salvo se assim desejar para eximir-se de responsabilidade ou obrigação imposta, positivada. Segundo MORAES, a liberdade de consciência é o alicerce principal de onde originam as demais liberdades de pensamento, o qual, o seu exercício não é passível de limitações de direitos ao seu titular: (MORAES, 2021, pag. 79)

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:[...]

VI - 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 a suas liturgias.

Para PADILHA os direitos fundamentais são considerados indisponíveis para promover a existência digna:

Os direitos fundamentais são os direitos considerados indispensáveis à manutenção da dignidade da pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. (PADILHA, pag. 237)

Os direitos fundamentais possuem como características primordiais, limitar o raio de ação do poder Estatal por meio da soberania popular, fruto do Estado Democrático de Direito. (PADILHA, 2019, pag. 237)

Segundo o entendimento do STF citado por PADILHA, em relação ao princípio da convivência entre liberdades, não há direito absoluto:

(STF - MS: 23452 RJ, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 16/09/1999, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086). (PADILHA, 2019, pag. 239)

A relativização dos Direitos fundamentais está expressa na Constituição de 1988. Nesta perspectiva basta atentar as exceções de relativização dos Direitos fundamentais expressos por PADILHA:

Realmente, a grande maioria de direitos fundamentais admite exceção, como a vida que sucumbe à legítima defesa ou a pena de morte em caso de guerra. A aplicação desta mesma pena de morte (fuzilamento) seria uma hipótese de tortura em razão do sofrimento físico e psíquico que causa. (PADILHA, 2019, pag. 239)

LENZA, reforça essa ideia em sua obra abordando uma das características dos direitos fundamentais conceituada como limitabilidade:

os direitos fundamentais não são absolutos (relatividade), havendo, muitas vezes, no caso concreto, confronto, conflito de interesses. A solução ou vem discriminada na própria Constituição (ex.: direito de propriedade versus desapropriação), ou caberá ao intérprete, ou magistrado, no caso concreto, decidir qual direito deverá prevalecer, levando em consideração a regra da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos, conjugando-a com a sua mínima restrição. (LENZA, 2020, pag.1175)

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, § 7º, trouxe consigo o firmamento de alguns direitos que corroboraram para liberdade da mulher como o direito ao planejamento familiar, alicerçado no princípio da dignidade humana, no respeito, na paternidade responsável, na livre decisão do casal e na vedação de quaisquer formas coercitivas Estatais:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (FILHO, 2011, pag.16)

Para BALDEZ (2006, pag. 296 apud SAVULESCU, 2019, pag. 22) a objeção de consciência do médico vai de encontro ao Direito Fundamental das mulheres vítimas de estupro nesse trajeto ao aborto legal, impedindo a consumação deste preceito e tornando uma fonte de violação de direito. Este comportamento dos profissionais da saúde, especificamente no âmbito público, configura omissão de responsabilidade profissional não devendo ser fomentado, pois a atribuição destes está firmada no cuidado e na preservação da vida independente de quem seja o paciente ou qual circunstância agrega sua realidade. Neste diapasão, norteado por

Diniz relata a concepção da tese elaborada por ela, chamada tese de incompatibilidade:

[...] a qual defende que a liberdade de proselitismo religioso, filosófico ou moral está limitada pelo dever de assistência, podendo a recusa da prestação do serviço de saúde ser classificada como discriminatória imoral ou ilegal, a depender das motivações e consequências da conduta para a paciente. (BALDEZ, 2019, pag. 22)

Embora o Direito de objeção de consciência do médico esteja firmado em lei, o mesmo vai de encontro ao Direito da mulher vítima de estupro caracterizando um contundente obstáculo a esta efetivação. Alicerçado aquele no código de ética, garante ao profissional da saúde a faculdade de realizar ou não o aborto, ainda que legalizado e não passível de sanção Penal, com base exclusivamente na subjetividade cognitiva firmada em seus princípios e valores inerentes a sua consciência. (SILVA, 2014, pag. 21).

Nesse sentido, vale transcrever um trecho da Resolução nº 2.217/2018 que aprovou o Código de Ética Médica:

Capítulo V

RELAÇÃO COM PACIENTES E FAMILIARES

É vedado ao médico:

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de promoção de saúde e de prevenção, diagnóstico e tratamento de doenças, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.

Art. 33. Deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em casos de urgência ou emergência quando não houver outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo.

Nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida. Por isso, é perfeitamente admissível o aborto em circunstâncias excepcionais, para preservar a vida digna da mãe. (BISPO; MARTINS; PERTILLE, 2016, pag.28)

Nesse sentido, vejamos que diz o art. 1º, incs. I a III da nossa Constituição Federal de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

Portanto, como inquirido anteriormente, é sabido que o direito do médico não vigora de forma absoluta, devendo ser relativizado em relação ao direito a dignidade humana, liberdade e reprodução da mulher. Não deve ser avocado aquele direito quando sua aplicação causar danos à saúde do paciente. (BISPO; MARTINS; PERTILLE,2016, pag. 29)

CONCLUSÃO

Diante do exposto, em que pese o Aborto sentimental ser descriminalizado no Código Penal, foi abordada neste artigo a objeção de consciência do médico e ficou evidenciado que o Direito de objeção do médico não se trata de Direito absoluto, conseqüentemente se tornando um obstáculo à vítima de estupro que busca amparo na saúde pública.

Neste diapasão apontamos a nosso ver as principais causas que corroboram para uso ilegal deste Direito pelos profissionais da saúde.

Iniciamos pela insegurança dos médicos diante do desconhecimento das legislações inerentes ao tema, acarretando a propagação da ineficácia no atendimento do aborto.

Outro fator considerável abordado é a falta de dispositivos jurídicos que regulamentem a ação dos profissionais da saúde em relação ao tema, o que proporcionaria uma ação efetiva dos médicos sem qualquer receio de sanções penais futuras.

Destacamos ainda o mau uso do direito da objeção de consciência que viola a norma ética médica, onde a mesma só admite a recusa do profissional quando houver a possibilidade da vítima ser atendida por outro profissional que realize o procedimento.

Foi reiterada também a falha no tratamento dos profissionais para com as vítimas, que muitas vezes se embasam em estereótipos sociais e religiosos, se esquecendo de que a mulher é também uma vítima cheia de medos e angustias, carregada de violência sexual e psicológica em casos de estupro.

Finalizamos apontando que a postura crítica de muitos médicos, inviabiliza o respeito aos preceitos da profissão delimitando a uma postura discriminatória sem a observância dos limites legais para alegação da objeção de consciência; o que não se pode continuar admitindo face à violação de dispositivos constitucionais citados neste artigo, ou seja, deverá sempre prevalecer o direito e a faculdade da gestante ou de seu representante legal para dar ou não continuidade à uma gravidez resultante de estupro.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual De Direito Penal**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva 2019.

ANJOS; SANTOS; SOUZAS; EUGÊNIO. **Aborto e saúde pública no Brasil: reflexões sob a perspectiva dos direitos humanos**. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/sdeb/v37n98/a14v37n98.pdf>. Acessado em 20 de março de 2021

BALDEZ, Pedro Henrique Neiva. **Colisão De Princípios Entre O Aborto Legal e a Objeção De Consciência Médica No Brasil**. Disponível em: <http://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/27871/4/Colis%c3%a3oDePrinc%c3%adpios.pdf>. Acessado em 06 de março de 2021.

BISPO; MARTINS; PERTILLE. **II congresso sul brasileiro de direito**. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/uploads/livros/pdf/1526316401.pdf#page=7>. Acessado em 10 de março de 2021

BORGES, Suyane Machado. A Questão Da Interrupção Da Gravidez De Feto Anencéfalo No STF – Uma Análise Da ADPF 54. Revista de Direito dos Monitores. 2012. Disponível: <http://www.rdm.uff.br/index.php/rdm/article/view/119/99>. Acessado 15 de novembro de 2021

FILHO, João Batista do Nascimento. **A Dignidade Da Pessoa Humana e Condição Feminina: Um Olhar Sobre A Discriminação Do Aborto**. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Joao%20Batista%20do%20Nascimento%20Filho.pdf>. Acessado em 04 de abril de 2021.

GRECO, Rogério. **Direito Penal Estruturado**. 1º ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: método, 2019.

KRUG, Carina Sehn. **O Aborto Legal em Gravidez Resultante de Estupro e a Objeção de Consciência do Médico.** Disponível em:
<http://repositorio.upf.br/bitstream/riupf/1241/1/PF2017Carina%20Sehn%20Krug.pdf>.
Acessado em 13 de março de 2021.

LENZA, Pedro. Esquematizado: **Direito Constitucional.** Disponível em: Minha Biblioteca, (24th edição). Editora Saraiva, 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** Disponível em: Minha Biblioteca, (37th edição). Grupo GEN, 2021.

MORELI, Marina Sartori. **Aborto legal e estigma: barreiras para o acesso ao direito dentro das redes de atendimento a vítimas de violência sexual.**

Disponível em:

https://www.bdm.unb.br/bitstream/10483/11785/1/2015_MarinaSartoriMoreli.pdf.

Acessado em 03 de março de 2021

NUCCI, Guilherme. **Manual de Direito Penal.** ed. Forense. São Paulo, janeiro de 2021

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional.** Disponível em: Minha Biblioteca, (6th edição). Grupo GEN, 2019.

SILVA, Henrique Pargas Gondim. **Aborto e objeção de consciência: aspectos éticos e legais.** Disponível em:

<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17618/1/Henrique%20Pargas%20Gondim%20Silva%20Copy.pdf>. Acessado em 01 de março de 2020

TINELI, Jéssica Jilva. **O Aborto no Brasil.** Disponível em:

<http://siaibib01.univali.br/pdf/Joao%20Batista%20do%20Nascimento%20Filho.pdf>

Acessado 24 de outubro de 2021