

# A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA FACE AO ABORTO LEGAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Isabelle Caroline Costa dos Santos<sup>1</sup>

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO; 2 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ABORTO; 3 ESPÉCIES DE ABORTO LEGAL; 3.1 ABORTO QUANDO DO RISCO À VIDA E À SAÚDE DA GESTANTE; 3.2 ABORTO DE GRAVIDEZ RESULTANTE DE ESTUPRO; 4 CULPABILIDADE; 4.1 POSSIBILIDADES DE EXCULPAÇÃO SUPRALEGAL 5 OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA; 5.1 LIMITES À OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA; 5.2 OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCULPAÇÃO; 5.3 A POSSIBILIDADE DO MÉDICO SE RECUSAR EM PROCEDER AO ABORTO LEGAL EM PROL DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA; 5.4 AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA RECUSA DO MÉDICO POR MOTIVOS DE CONSCIÊNCIA; 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal, por interferir na esfera privada dos indivíduos, é caracterizado pela fragmentariedade e pela sua aplicação em *ultima ratio*, preocupando-se com a proteção dos bens jurídicos de valor inestimável, tornando-os inegociáveis. Sobretudo, tutela o direito à vida em seu mais amplo sentido. No entanto, este direito à vida, quando relacionado ao aborto, nem sempre fora protegido, uma vez que o feto era visto como parte integrante da mulher, e por isso, esta poderia dispor desta “parte”, sem, contudo, sofrer nenhuma penalidade.

Com o passar dos anos, as mudanças sociais e culturais, modificaram a visão tida sobre o aborto, de forma que este deixou de ser irrelevante aos olhos da sociedade e também do legislador, passando de um indiferente a um tipo penal.

Excepcionalmente, no ordenamento jurídico brasileiro, o aborto será permitido nos casos em que não houver um outro meio para salvar a vida da gestante, ou quando a gravidez for oriunda de uma violência sexual. Essas hipóteses, conhecidas como aborto permissivo ou aborto legal, possuem tipificação no artigo 128, incisos I e II do Código

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito – Universidade Salvador (UNIFACS)

Repressor, sendo que tal procedimento deverá ser realizado nos hospitais públicos, constituindo, portanto, um direito da gestante e um dever do Estado.

Em contrapartida, assegura a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, inciso VI, e também, o Código de Ética Médica, em seu artigo 28, o direito que o médico possui em alegar a objeção de consciência em face da realização do aborto, vez que este apesar de ser um funcionário da Administração Pública, e, também por isso, submetido às normas jurídicas, além de ser um garantidor da vida, saúde e bem-estar dos seus pacientes, não se encontra desvinculado da sua liberdade de consciência.

No caso concreto em que uma mulher necessita da atuação do médico para a interrupção da sua gravidez, seja porque corre riscos de morte ou porque foi vítima de um estupro, estando amparada pelos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, e este por questões de foro íntimo, seja religioso, político, social, moral ou ético, se recusa em proceder a esse mandamento legal, podendo com tal atitude ocasionar a morte da gestante ou o agravo de sua intimidade, como poderá o ordenamento jurídico solucionar esse impasse de maneira que garanta o direito que a gestante possui, sem, contudo, ferir o código moral do objeto?

Diante disto, este artigo busca ampliar os conhecimentos acerca do aborto, dando ênfase ao aborto legal, tendo ainda o escopo de verificar a possibilidade, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, da alegação da objeção de consciência, por um médico que envolvido em suas questões pessoais é contra esta prática, perante o direito que a gestante possui de ter a sua gravidez interrompida, trazendo com isso os limites para o exercício da objeção de consciência, e também as conseqüências penais as quais o médico poderá ser submetido face à recusa.

O presente artigo será dividido em três partes. Na primeira será feita uma análise acerca da evolução do aborto. Na segunda parte, será tratada das espécies abortivas permitidas pelo ordenamento jurídico. Na última parte, será abordada a objeção de consciência dentro do ordenamento brasileiro, apresentando-se, ainda, seus limites, possibilidades. E finalmente, na conclusão, será demonstrada a possibilidade de recusa do médico diante do aborto legal e quais as conseqüências de tal conduta.

## 2 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ABORTO

O tratamento jurídico-penal do aborto sofreu uma série de modificações no decorrer da história, tudo isso por causas de mudanças culturais e posicionamentos religiosos que fizeram com que a sociedade encarasse o aborto de diversas maneiras, desde um indiferente penal até um crime considerado bárbaro.

Manobras de práticas abortivas sempre ocorreram e as primeiras notícias que se tem conhecimento foram descobertas na China, no século XXVIII antes de Cristo. Ao longo dos séculos, o aborto provocado passou a ser estudado pelos povos antigos, entre eles, os mesopotâmicos, os gregos, e romanos que se preocupavam com esta questão limitando-se apenas ao aspecto moral, ainda não configurando o abortamento como crime. Na Grécia, Aristóteles chegou a afirmar que com o aborto seria possível alcançar um equilíbrio entre a população e os meios de subsistência, ao passo em que Platão, aconselhava o aborto para toda e qualquer mulher que concebesse depois dos quarenta anos. Entre os hebreus, o aborto apenas foi considerado ilícito após a Lei Mosaica. Fato é que o aborto sempre foi um problema indiferente para o Direito, de maneira que as antigas legislações não o consideravam como crime<sup>2</sup>.

Durante longo lapso temporal, no período romano, a prática abortiva não era considerada como um ato delituoso haja vista que o feto era tido como parte integrante do organismo da mulher e por ser assim, era dada a esta a faculdade de optar pelo prosseguimento ou não da gestação, ressaltando, no entanto, que era vedada a ingerência de substâncias abortivas, pois estas poderiam fazer mal ou gerar certo tipo de lesões às mulheres. Dessa forma, seu “cometimento afetava mais os interesses individuais do que os sociais, ou seja, protegiam-se a saúde e a integridade física da gestante, e não a vida do feto<sup>3</sup>”. Porém, posteriormente, sob a égide do reinado do imperador *Septimius Severus* (193-211 d. C.), o aborto passou a ser visto como um dano ao direito de paternidade, já que restava frustrada para o homem a possibilidade de descendência, e caso a mulher viesse a cometê-lo, sem a anuência do marido, seria ela condenada ao desterro, e, se praticado por um terceiro as sanções seriam ainda mais gravosas<sup>4</sup>. Nelson Hungria assegura que a prática abortiva sempre ocorrera, mas, no entanto, nem sempre sofreu incriminação, sendo regra a impunidade desde

---

<sup>2</sup> MATIELO, Fabrício Zamproga. **Aborto e Direito Penal**. 1. ed. Porto Alegre: Sagra – DC Luzzatto, 1994, p.11.

<sup>3</sup>PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, v.2, 2.ed.rev.atual.ampl. e compl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007 p. 61.

<sup>4</sup> PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal**: parte especial, 5. ed. rev. atual, e ampl. . 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 106.

que não acarretasse a morte da gestante. Ainda nesse sentido afirma ele que entre os hebreus, apenas foi incriminado após a lei mosaica que considerou ilícita a interrupção da gravidez, antes dela, o aborto ocasionado, mesmo que involuntário, era punido caso fosse praticado mediante violência<sup>5</sup>.

Com o advento do Cristianismo, a visão antes existente acerca do aborto foi modificada e este sofreu sérias repressões, passando a ser proibido, pois era comparado com a morte de um ser humano, ou seja, ao homicídio. Fabrício Matielo afirma que para os filósofos cristãos, os homens, que possuíam uma alma imortal, foram criados à imagem e semelhança de Deus, sendo ele o único que teria poder de vida ou de morte sobre os demais<sup>6</sup>. Santo Agostinho chegou a sustentar que o delito do aborto apenas estaria configurado caso fosse praticado contra feto animado, sendo este entendido como aquele em que já havia a perfeita formação do corpo e que já havia recebido alma, já que o inanimado, por não ter a perfeita formação do corpo, e por não ter alma, não necessitava de defesa<sup>7</sup>. Com o desenrolar dos anos essas vertentes foram superadas, de maneira que não importava se o feto possuía ou não a total formação do corpo para determinar a proibição do aborto, assim, independentemente disto, o feto passou a ser protegido sendo salvaguardado o direito a vida do nascituro.

No Brasil, o Código Criminal do Império de 1830, não punia o auto-aborto, mas apenas o praticado por terceiro com ou sem o consentimento da gestante, determinando-lhe a pena de prisão com trabalho. Diferentemente do Código de 1890, que determinou punição também para o auto-aborto, sendo que a pena nesse caso poderia ser atenuada caso o crime fosse cometido como forma de ocultar desonra própria<sup>8</sup>.

Este é um tema que gera diversas polêmicas no seio da sociedade, sendo tratado em conferências internacionais, congressos científicos, e também nos Parlamentos, de forma que atinge, igualmente, um humilde trabalhador e um capitalista, o advogado e o médico, o sociólogo e o político, uma vez que constitui uma questão principal que é a existência humana<sup>9</sup>. Nesse sentido aduz Pierangeli:

Essa visualização multifária leva o aborto a um grupo de fatos cuja incriminação se faz para proteger diferentes bens jurídicos, os quais, nos Códigos, ficam na dependência daqueles que na visão do legislador devem prosperar. Assim, ora ele é classificado como crime contra a vida, ora como crime contra a saúde, em outras

---

<sup>5</sup>HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**, 4. ed. v. V. Rio de Janeiro:Forense, 1958, p. 269.

<sup>6</sup>MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Aborto e Direito Penal**. 1. ed. Porto Alegre: Sagra – DC Luzzatto, 1994, p. 15.

<sup>7</sup>HUNGRIA, op.cit, p. 271-272.

<sup>8</sup>BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal**: parte especial, 2. ed. Reform. São Paulo: Saraiva, 2009, p.68-69.

<sup>9</sup>CABANELLAS, Guillermo apud PIERANGELI, op. cit. p. 62.

vezes como crime contra a família, e também contra a incolumidade e a sanidade da estirpe<sup>10</sup>.

Atualmente, o aborto é regido pelo Código de 1940, e mantém-se com o mesmo tratamento que era dado no código anterior, no entanto, não mais é atenuada a pena no caso do auto-aborto, ainda que o motivo para tal realização seja a omissão de desonra própria<sup>11</sup>.

### 3 ESPÉCIES DE ABORTO LEGAL

As espécies de aborto permitido vêm descritas, expressamente, no Código Penal Brasileiro o qual prevê, em seu artigo 128, hipóteses em que a realização da prática abortiva será lícita. É o caso de aborto necessário ou terapêutico, artigo 128, inciso I – “quando não há outro meio de salvar a vida da gestante”; ou no caso do aborto conhecido como humanitário ou sentimental, artigo 128, inciso II – “quando a gravidez resulta de estupro. Nestes casos, o procedimento deverá ser precedido do consentimento da gestante, ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

#### 3.1 Aborto quando do risco à vida e à saúde da gestante

Nos tempos medievais, médicos e juristas concordavam que o aborto necessário deveria ficar à margem da repressão penal, no entanto, a Igreja se opôs a essa decisão entendendo que, preferencialmente, deveria ser salva a vida do nascituro, pois para ela, a morte do feto sem o batismo iria gerar o crescimento da legião errante do limbo. Para obviar esse mal, Marchand, médico francês, aconselhou que fosse levado até o feto umas gotas de água benta, suficientes para o batismo, antes da realização do aborto<sup>12</sup>.

O aborto necessário, também chamado de terapêutico, cirúrgico, médico, profilático ou obstetrício foi uma questão resolvida pelo legislador penal com critérios de política criminal, e não com princípios da religião católica, é o que afirma Néelson Hungria<sup>13</sup>, sendo realizado quando se verifica, através de laudo médico, que o prosseguimento da gravidez acarretará em grandes, graves e sérios riscos à vida da gestante. Dessa maneira, não seria sensato punir a mulher ao sacrifício de ter que morrer, ou possuir uma doença física ou

---

<sup>10</sup> PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, v.2, 2.ed.rev.atual.ampl. e compl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007 p. 62.

<sup>11</sup> BARROS, op.cit., p.69.

<sup>12</sup> HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**, v. V, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 306-307.

<sup>13</sup> HUNGRIA, op.cit, p. 307.

psíquica, em prol do ser que carrega em seu ventre, ou seja, por essa permissão concedida pela lei, prevalece a vida da mulher sobre a vida do feto. Sabiamente, Luiz Régis Prado aduz que:

Há um conflito entre a vida do embrião ou do feto e determinados interesses da mãe, aquela deve ceder em favor destes últimos. Em síntese, parte-se de um esquema de regra-exceção: a regra é a punição do aborto; a exceção, permitir o aborto em determinadas hipóteses. A vida do ser humano em formação não se encontra desprotegida em nenhuma de suas fases de desenvolvimento, sendo possível atender certas necessidades ou interesses da mulher grávida. É uma solução de compromisso: apenas nas hipóteses preestabelecidas em lei, e de conformidade com os requisitos exigidos, poderá ser realizado o Aborto, o que contribui para uma maior segurança jurídica evitando, assim, subjetivismos ou dúvidas na determinação de qual o interesse preponderante na situação concreta<sup>14</sup>.

Complementando o entendimento acima citado, Cezar Roberto Bitencourt pontua dois requisitos que são imprescindíveis para a caracterização do aborto necessário. São eles: o perigo de vida da gestante e a ausência de um outro meio capaz de salvar a vida da mesma. No entanto, o perigo de vida deverá ser iminente, e não apenas um grande risco para a saúde, uma vez que se o perigo não for iminente e se houver um outro meio apto para salvar a vida da mulher, sem que haja a ocorrência do aborto, e o médico assim não faça, responderá ele pelo crime<sup>15</sup>.

Assim, o consentimento da mulher não é tido como um pressuposto para que o médico realize a manobra abortiva, podendo ele realizá-la, ainda que contra a vontade desta ou de seus familiares, desde que seja a única hipótese de salvaguardar a vida da gestante.

O procedimento ocorre à revelia do consentimento, por parte da gestante ou dos seus familiares, uma vez que o legislador poupou a mãe de ser obrigada a escolher entre a sua vida e a vida do feto, estando preocupado ainda com as hipóteses em que a gestante poderia preferir perder a sua vida para garantir a do filho, ato este que não é aceito pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, visando evitar esse tipo de constrangimento, ficou estabelecido que o consentimento, nesse caso, não servirá como pressuposto bastando apenas que o médico se certifique precisamente da iminência de vida da gestante e da inexistência de artifícios que salvem a mulher para que venha a proceder ao aborto necessário.

---

<sup>14</sup>PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, parte especial, v. 2. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2006, p. 120.

<sup>15</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, parte especial, 8. ed. São Paulo:Saraiva, 2007, p. 143.

### 3.2 Aborto de gravidez resultante de estupro

Essa espécie abortiva teve que enfrentar sérios problemas para obter sua legitimidade em virtude da Primeira Guerra Mundial, uma vez que muitas mulheres foram violentadas e abusadas pelos invasores<sup>16</sup>. Sobre isso, diziam *Oetker, Radbruch e Lang* que é muito difícil comprovar a violência alegada pela mulher, e permitir a realização desse tipo de aborto seria facilitar a impunidade, haja vista que toda gravidez indesejada poderia ser interrompida sob o argumento de que esta teria sido ocasionada por uma violência sexual, porém, não se pode também obrigar a mulher a cuidar desse filho, cabendo ao Estado tal função<sup>17</sup>. No entanto, prevaleceu o entendimento de que não deveria haver incriminação diante da realização do aborto.

O Aborto sentimental, humanitário ou ético, é autorizado quando a gravidez é resultante de uma violência sexual - seja o estupro propriamente dito, ou o atentado violento ao pudor. Nessa espécie de aborto, imprescindível será o consentimento da gestante, ou do seu representante legal, caso seja incapaz, uma vez que a lei lhe dá a faculdade de retirar o feto, não lhe impondo tal conduta. Para tanto, não será necessária autorização judicial, sentença condenatória nem mesmo processo criminal contra o autor do crime sexual<sup>18</sup>.

Hungria sobre o assunto discorre que: “nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida<sup>19</sup>”. Diferentemente do aborto necessário em que o consentimento não será posto em averiguação diante da manobra abortiva, aqui, o consentimento da gestante é visto como pressuposto essencial para que o aborto venha a ser realizado. E ocorre desta maneira, pois o legislador deu à mulher o direito de optar em prosseguir com a gravidez uma vez que esta entenda que apesar da violência sofrida a interrupção da gravidez não será o bastante para apagar da memória os fatos vivenciados e que por isso, sentido não fará retirar a vida do feto. Assim, cabe à gestante decidir se pretende ou não cessar com o período gestacional, não estando obrigada a permanecer com o feto em seu ventre.

Logo, jamais poderá haver a interrupção de uma gravidez, resultante de violência sexual, sem que para isso a vítima venha a dar a sua permissão.

---

<sup>16</sup>HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**, v. V, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 312.

<sup>17</sup>*OETKER, RADBRUCH, LANG* apud HUNGRIA, op.cit, p.307.

<sup>18</sup>HUNGRIA, op.cit, p. 312.

<sup>19</sup>HUNGRIA, op.cit, p. 312.

## 4 CONCEITO DE CULPABILIDADE

A culpabilidade poderá ser posicionada dentro ou não do conceito de crime, de acordo com a teoria a ser adotada, se bipartida ou tripartida. Pela teoria bipartida, a culpabilidade não compõe o conceito de crime, sendo este um fato típico e antijurídico, ao passo em que aquela representa um elo entre o crime e a aplicação da pena, ou seja, apesar de não integrar o crime ela seria um pressuposto para a imputação de uma pena. Já pela teoria tripartida, adotada no ordenamento penal brasileiro, a culpabilidade representa um elemento essencial, característico e indissociável do crime<sup>20</sup>.

Apesar de ser tida como elemento do crime, a culpabilidade, por se referir aos direitos fundamentais, possui um caráter constitucional, indo além do direito penal. Assim, pela expressão “*nulla poena sine culpa*” extrair-se-ia o princípio da culpabilidade que possuiria dúplice função – fundamento da pena e limite da intervenção punitiva do Estado<sup>21</sup>. Nesse sentido, sustenta Alexandre de Moraes “há necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal<sup>22</sup>”.

O princípio da culpabilidade vê o homem como um ser importante, detentor de direitos, que não poderão ser ameaçados apenas como forma de assegurar os interesses estatais, tampouco poderá servir como mecanismo arbitrário de discriminação. A responsabilidade penal não será atribuída ao indivíduo somente em virtude do nexo causal, sendo imprescindível para tal atribuição que reste demonstrado que o indivíduo através do seu livre-arbítrio é capaz de se responsabilizar pelas escolhas tomadas<sup>23</sup>. Assim, “culpabilidade e dignidade humana trilham a mesma rota jurídico-penal. A medida da dignidade no âmbito penal relaciona-se com a concepção e a dimensão da culpabilidade<sup>24</sup>”.

O direito à liberdade fundamenta o surgimento da culpabilidade, uma vez que serve como limitador da intervenção punitiva às escolhas autônomas do homem, já que o

---

<sup>20</sup>MORAES, Geovane. **Como se preparar para o exame de ordem**, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p.97.

<sup>21</sup> TEOTÔNIO, Luis Augusto Freire. **Culpabilidade**: concepções e modernas tendências internacionais e nacionais, São Paulo: Minelli, 2002, p. 22.

<sup>22</sup>MORAES apud TEOTÔNIO, op.cit, p.24.

<sup>23</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material da culpabilidade**. O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 103.

<sup>24</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material da culpabilidade**. O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 103.



considera como um fim em si mesmo. Dessa forma, a culpabilidade recairá sobre o juízo e conceito de pessoa, alcançando, na esfera penal, a dignidade humana<sup>25</sup>”.

Diversos significados e concepções podem ser obtidos acerca da culpabilidade, dentre os quais é válido destacar, Jescheck “enxerga um duplo sentido nas hipóteses em que a culpabilidade é referida como princípio: trata-se de requisito para a punibilidade e um critério para a determinação da pena<sup>26</sup>”. Miguel Reale Júnior menciona que “a culpabilidade teria dois significados; de fundamento e de limite da pena<sup>27</sup>”. Mir Puig diz que a noção de culpabilidade abrange diversos significados: “num sentido mais amplo, comporta os princípios de imputação que afetam toda a teoria do crime, ou como um conjunto de pressupostos que permitem “culpar” alguém pelo evento que motiva a pena, num sentido estrito, em relação àqueles que condicionam a possibilidade de se atribuir um determinado fato antijurídico a seu autor<sup>28</sup>”. Welzel chegou a afirmar que “a culpabilidade é uma qualidade negativa da própria ação do autor e não está localizada nas cabeças das outras pessoas que julgam a ação<sup>29</sup>”.

Circulando no ambiente do crime, a culpabilidade representa o juízo de reprovação que é feito sobre uma conduta típica e antijurídica, ou seja, é uma análise acerca da capacidade que o agente de um fato delituoso possuía, diante de uma situação concreta, em saber que a conduta cometida era ilícita. Na esfera penal a culpabilidade comporta vários significados, podendo ser uma “culpabilidade como princípio, que estabelece limites gerais à imputação pessoal e subjetiva; como conceito integrante da Teoria do Delito, na qual se inserem as concepções psicológica, normativa e funcionalista da culpabilidade, e há a culpabilidade como limite da pena<sup>30</sup>”.

#### 4.1 POSSIBILIDADES DE EXCULPAÇÃO SUPRALEGAL

Embora tenha o legislador brasileiro elencado única e exclusivamente a coação irresistível e a obediência hierárquica como causas de exculpação verifica-se, com base na própria inexigibilidade de conduta diversa que é possível ter casos, mesmo não previstos na lei, os quais configuram hipóteses de afastamento da culpabilidade. Essas hipóteses são

---

<sup>25</sup> MELLO, op. cit. p. 103.

<sup>26</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich apud MELLO, op. cit, p. 103-104.

<sup>27</sup> REALE JÚNIOR, Miguel apud MELLO, op.cit, p. 104.

<sup>28</sup> MIR PUIG, Santiago, apud MELLO, op. cit, p.104.

<sup>29</sup> WELZEL, Hans apud TEOTÔNIO, Luis Augusto Freire. **Culpabilidade:** concepções e modernas tendências internacionais e nacionais, São Paulo: Minelli, 2002, p.30.

<sup>30</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material da culpabilidade.** O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 105.

denominadas de exculpação supralegal da culpabilidade, onde o principal fundamento de existência resta demonstrado no fato de que não se pode punir um indivíduo em virtude da não previsão de uma situação de anormalidade pelo legislador, o que de qualquer forma, e por si só, configura uma situação em que não se pode exigir do sujeito uma conduta diferente daquela que fora praticado<sup>31</sup>.

Nessa esteira, Luiz Flávio Gomes e Antonio de Molina, entendem que o juiz, diante de um caso concreto, não pode ignorar situações que baseadas na inexigibilidade de conduta diversa são capazes de suprimir a culpabilidade. Sobre esse assunto, observam eles:

O poder de agir de modo diverso, como salientamos, constitui uma das essências (um dos eixos) da culpabilidade. Só pode ser reprovado (penalmente) quem podia agir de modo diferente (de acordo com o Direito) e acabou optando por agir contra o Direito. Quando da situação concreta, era inexigível comportamento distinto, não há que se falar em culpabilidade (em censurabilidade, em reprovabilidade). Mesmo que não tenha o legislador previsto a inexigibilidade como causa exculpante (expressa), mesmo assim, não há como negar sua importância dentro do sistema penal. Sempre que o juiz constatar que não era possível comportamento diverso do agente, deve absolvê-lo (com fundamento numa causa exculpante expressa ou com base na inexigibilidade, como causa supralegal<sup>32</sup>).

Em decorrência disto, algumas possibilidades de exculpação supralegal têm sido frequentemente, utilizadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. A objeção de consciência é, talvez, a mais controvertida das causas supraleais de exclusão da culpabilidade. Pelas suas peculiaridades e pertinência em relação ao objeto de estudo, merece tratamento em separado, como se vê a seguir.

## 5 OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA

No ordenamento jurídico pátrio, o direito à liberdade de consciência encontra-se previsto no artigo 5º, VI, da Constituição Federal/1988 “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício de cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e de suas liturgias”.

A objeção de consciência é um direito concedido pelo ordenamento, sendo manifestado através da “liberdade de expressão”, para que todo indivíduo possa agir conforme suas convicções pessoais sem, no entanto, está subordinado a uma sanção. Porém, a atitude

---

<sup>31</sup>GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. **Direito Penal**, Parte Geral, v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 647 – 648.

<sup>32</sup>GOMES, op. cit. p. 646.

deve ser pautada em sua persuasão íntima, de maneira individual e sem a utilização da violência<sup>33</sup>.

Deve-se salientar que de nada adiantaria salvaguardar a livre manifestação da liberdade de expressão apenas na projeção interior, se não houvesse também a tutela da projeção exterior, uma vez que é através desta que o indivíduo consegue manifestar as suas decisões pessoais, fazendo ou deixando de fazer algo que intimamente acredita ser contra a ética ou contra a moral<sup>34</sup>.

Diante de tais decisões, apenas poderá o Estado minimizar ou restringir sua intervenção nesse campo privado, tendo ainda, como função primaz zelar pela liberdade individual, prevista no ordenamento<sup>35</sup>.

Maria Mariana de Melo percebe que a liberdade de consciência não pode ser vista sob o prisma de que sempre eximirá o indivíduo da responsabilidade penal, caso venha a lesionar uma norma jurídica por está pautado em sua liberdade de consciência. Ou seja, apesar de ser um direito garantido constitucionalmente, isto não significa dizer que a liberdade de consciência irá legitimar toda e qualquer conduta que o agente venha a praticar, já que tal condição abalaria o próprio ordenamento jurídico, pois toda ação que direta ou indiretamente lesionasse ou ferisse o ordenamento pátrio seria exculpada em virtude da liberdade de consciência. Ademais, o que a Constituição Federal assegura é que o direito de liberdade de consciência seja manifestado, no entanto, tal permissão nada tem a ver com a validade da norma que será válida e sempre vinculativa, independentemente, da crença individual de cada um<sup>36</sup>.

Na lição de Francisco Pereira Coutinho, o direito à objeção de consciência deve ser visto como “posição subjectiva, protegida constitucionalmente, que se traduz no não cumprimento de obrigações e no não praticar de actos previstos legalmente, em virtude de as próprias convicções do sujeito o impedirem de as cumprir, sendo que estes actos e incumprimentos estão isentos de quaisquer sanções<sup>37</sup>”.

---

<sup>33</sup> PEREIRA, Maria Mariana de Melo Egídio. **Decisões de consciência em direito penal**. Disponível em: [www.istig.ipbeja.pt/ac\\_direito/marianawhitepapers](http://www.istig.ipbeja.pt/ac_direito/marianawhitepapers). Acesso em: 15 fev 2010.

<sup>34</sup> PEREIRA, op.cit. Disponível em: [www.istig.ipbeja.pt/ac\\_direito/marianawhitepapers](http://www.istig.ipbeja.pt/ac_direito/marianawhitepapers). Acesso em: 15 fev 2010.

<sup>35</sup> PEREIRA, op.cit. Disponível em: [www.istig.ipbeja.pt/ac\\_direito/marianawhitepapers](http://www.istig.ipbeja.pt/ac_direito/marianawhitepapers). Acesso em: 15 fev 2010.

<sup>36</sup> PEREIRA, Maria Mariana de Melo Egídio. **Decisões de consciência em direito penal**. Disponível em: [www.istig.ipbeja.pt/ac\\_direito/marianawhitepapers](http://www.istig.ipbeja.pt/ac_direito/marianawhitepapers). Acesso em: 15 fev 2010.

<sup>37</sup> COUTINHO, Francisco pereira. **Sentido e limites do direito fundamental à objeção de consciência**. Disponível em: [www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/Coutinho01](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Coutinho01). Acesso em 17 mar 2010.

Antônio Damasceno Correia embora não forneça um conceito direto do que venha a ser a objeção de consciência, pontua requisitos que juntos permitem a caracterização deste instituto, sendo eles: desobediência de norma jurídica ou autoridade pública, ou comportamento oposto ao imposto pela ordem social, ser essa desobediência oriunda da convicção do foro íntimo do objetor, e não-utilização da violência<sup>38</sup>. Dessa maneira, pelas anotações acima descritas, resta claro que também para este autor a objeção de consciência diferencia-se das demais figuras afins, entre elas, a desobediência civil, sobretudo em virtude de ser uma atitude pautada em uma concepção própria do indivíduo, que não se utilizando da violência, visa não cumprir a norma legal ou desobedecê-la<sup>39</sup> para que assim possa está em conformidade com o seu “código moral<sup>40</sup>”.

Bruno Heringer formula o conceito de objeção de consciência pautado em duas perspectivas: através do comportamento do objetor e através da reação jurídica. Primeiramente, afirma que o comportamento do autor é manifestado por uma atitude individual que visa repelir o cumprimento ou a obediência a uma ordem legal em virtude de sua consciência, ou seja, por uma questão de foro íntimo, pessoal, o objetor se recusa a cumprir – seja por uma ação ou omissão – um mandamento jurídico. Tal recusa poderá ser baseada em concepções morais, éticas, políticas, culturais, e principalmente religiosas, no entanto, ressalta o supracitado autor que a concepção que o objetor detém daquele fato deve ser tão precisa e verdadeira que poderá gerar um conflito interno caso ele deixe de cumprir o que determina sua concepção para seguir ao mandamento legal<sup>41</sup>. Isto é, a personalidade do agente pode restar atingida se ele sobrepuser a norma jurídica à sua convicção pessoal.

Assim, em uma situação concreta, embora a lei imponha ao indivíduo um determinado comportamento, este, envolvido por crenças próprias, mantém-se inerte, não realizando o que lhe é imposto, uma vez que é por esta sua conduta que ele estará respeitando a sua própria liberdade de consciência. O objetor não deixa de perceber que a norma é válida tampouco deseja modificá-la, apenas se recusa a cumpri-la, sem deixar, no entanto, que o seu pensamento, diga-se, que a sua convicção, seja tomada como uma verdade absoluta diante daquela situação em que ele vivencia<sup>42</sup>. Dessa forma, uma conduta pautada na objeção de

---

<sup>38</sup> CORREIA, Antônio Damasceno. **Objeção de consciência ou objetores de consciência**, Disponível em: [www.costanza.vilabol.uol.com.br/3.html](http://www.costanza.vilabol.uol.com.br/3.html), Acesso em: 15 fev 2010.

<sup>39</sup> CORREIA, op.cit. Disponível em: [www.costanza.vilabol.uol.com.br/3.html](http://www.costanza.vilabol.uol.com.br/3.html), Acesso em: 15 fev 2010.

<sup>40</sup> HERINGER JÚNIOR, Bruno. **Objeção de consciência e direito penal**: Justificação e Limites, Rio de Janeiro, Lúmem Júris, 2007, p. 43.

<sup>41</sup> HERINGER JÚNIOR, Bruno. **Objeção de consciência e direito penal**: Justificação e Limites, Rio de Janeiro, Lúmem Júris, 2007, p. 41-42.

<sup>42</sup> HERINGER JÚNIOR, op.cit, p. 42.

consciência, será aquela conduta isolada, praticada concretamente, logo, apenas face ao caso concreto trazido à baila é que o objetor se manifesta.

Quanto à reação jurídico-estatal, não será permitido, em todos os casos, a primazia da liberdade de consciência sobre a norma jurídica, no entanto, isto não impede que esta dispense a imposição de sanção em prol daquela<sup>43</sup>. Nesse sentido, aduz “a consciência individual não invalida a legitimidade da norma jurídica, ao contrário, o Direito revela sua força, tolerando a dissidência<sup>44</sup>”. Dessa maneira, diante de diversos mandamentos imperativos obrigatórios emanados pelo Direito, a objeção de consciência representa uma exceção a estes, haja vista que, em virtude de uma incompatibilidade entre a convicção pessoal e a norma legal, o objetor pode buscar a isenção para o não cumprimento<sup>45</sup>.

Ensina Bruno Heringer:

O reconhecimento constitucional da liberdade de consciência implica a possibilidade de dispensa do cumprimento de mandados ou proibições jurídicas por imperativos de consciência, sempre que, da ponderação entre as normas em jogo (regras e princípios), resultar inclinação decisiva em favor do direito individual<sup>46</sup>.

Ainda nesta esteira, é válido ressaltar que ligado à decisão de consciência encontra-se o conceito de fato de convicção. O criminoso convicto não é uma pessoa de menor valor, mas apenas alguém que tem um pensamento divergente da norma que lhe é imposta. Sem sombra de dúvida, deve ser diferenciado do criminoso comum uma vez que este conhece e aceita a validade da norma, no entanto, deseja descumpri-la sem está amparado por nenhuma razão que justifique tal descumprimento<sup>47</sup>. Assim, “o autor por convicção não constitui um tipo psicológico criminal e a natureza ética do conflito que o aflige impõem uma compreensão axiológica e não naturalística<sup>48</sup>”.

O “delinqüente por convicção”, nas palavras de *Der Überzeugungsverbrecher* é aquele que diferentemente do criminoso comum, viola uma norma jurídica, embora tenha conhecimento de sua validade, pois assim estará atuando conforme os preceitos de sua consciência e os seus valores próprios, por isso, a punição direcionada pelo Estado perderia a sua eficácia, já que o indivíduo apenas desobedeceu à norma para assim respeitar a si próprio,

---

<sup>43</sup>HERINGER JÚNIOR, op.cit, p. 42.

<sup>44</sup>HERINGER JÚNIOR, op.cit, p. 42.

<sup>45</sup>HERINGER JÚNIOR, op.cit, p. 42.

<sup>46</sup>HERINGER JÚNIOR, op.cit p. 43.

<sup>47</sup>PEREIRA, Maria Mariana de Melo Egídio. **Decisões de consciência em direito penal**. Disponível em: [www.istig.ipbeja.pt/ac\\_direito/marianawhitepapers](http://www.istig.ipbeja.pt/ac_direito/marianawhitepapers). Acesso em: 15 fev 2010.

<sup>48</sup>PEREIRA, op.cit. Disponível em: [www.istig.ipbeja.pt/ac\\_direito/marianawhitepapers](http://www.istig.ipbeja.pt/ac_direito/marianawhitepapers). Acesso em: 15 fev 2010.

e se relativizaria<sup>49</sup>. Radbruch divergia quanto à penalidade que deveria ser dada a este tipo de indivíduo, de forma que para ele não deveria haver a isenção da pena para um ato pautado na convicção pessoal, afirmando que para o autor por convicção deverá ser imposta uma pena de simples detenção ou custódia honesta, e não penas de prisão comuns, em virtude do caráter honroso das motivações do agente<sup>50</sup>. Welzel defendia que “se o agente incumpe a norma porque pensa, erroneamente face às suas convicções, que esta é lícita, deverá ser absolvido, no caso de erro desculpável, ou aplicarem-se penas não desonrosas, caso contrário<sup>51</sup>”.

Porém, esse entendimento de crime por convicção foi passível de críticas, sobretudo por Jescheck que não aceitava que a ordem jurídica acatasse as decisões, ainda que tidas sob convicção pessoal, e que fossem contrárias a ela. Nesse sentido aduz que o respeito pela consciência individual é contrário aos próprios fundamentos ético-sociais da ordem jurídica, de maneira que não poderá ser direcionado um tratamento especial, ou diferenciado, ao autor de um fato por convicção haja vista que isto traria um caráter difamante às demais penas de prisão<sup>52</sup>.

Contrariamente a este posicionamento, manifesta-se Antônio Correia:

Decisão de consciência é uma decisão eticamente séria, orientada para as categorias de bem e mal que o indivíduo sente interiormente como vinculante e incondicionalmente obrigatória, de modo que não pode agir contra sem uma séria necessidade de consciência<sup>53</sup>.

Diante do que fora exposto, é possível aduzir que o fato de convicção encontra-se estritamente vinculado à concepção da objeção de consciência uma vez que esta é exercida em função da convicção ética, moral, social que o indivíduo possui acerca de um determinado caso, e não seria compreensível ignorar tal convicção para garantir a prevalência da norma jurídica.

---

<sup>49</sup> *Der Überzeugungsverbrecher* apud PEREIRA, op.cit. Disponível em: [www.istig.ipbeja.pt/ac\\_direito/marianawhitepapers](http://www.istig.ipbeja.pt/ac_direito/marianawhitepapers). Acesso em: 15 fev 2010.

<sup>50</sup> Radbruch apud PEREIRA, op.cit. Disponível em: [www.istig.ipbeja.pt/ac\\_direito/marianawhitepapers](http://www.istig.ipbeja.pt/ac_direito/marianawhitepapers). Acesso em: 15 fev 2010.

<sup>51</sup> Welzel apud PEREIRA, Maria Mariana de Melo Egídio. **Decisões de consciência em direito penal**. Disponível em: [www.istig.ipbeja.pt/ac\\_direito/marianawhitepapers](http://www.istig.ipbeja.pt/ac_direito/marianawhitepapers). Acesso em: 15 fev 2010.

<sup>52</sup> Jescheck apud PEREIRA, op.cit. Disponível em: [www.istig.ipbeja.pt/ac\\_direito/marianawhitepapers](http://www.istig.ipbeja.pt/ac_direito/marianawhitepapers). Acesso em: 15 fev 2010.

<sup>53</sup> CORREIA, Antônio Damasceno. **Objeção de consciência ou objetores de consciência**, Disponível em: [www.costanza.vilabol.uol.com.br/3.html](http://www.costanza.vilabol.uol.com.br/3.html), Acesso em: 15 fev 2010.

## 5.1 Limites à objeção de consciência

Regido pelo princípio da fragmentariedade e da subsidiariedade, o Direito Penal deve ser visto como *ultima ratio* diante do caso concreto, de maneira que a regra é a não intervenção Estatal na seara privada, quando for possível a solução do litígio por outra via<sup>54</sup>. Assim, já restou claro que a objeção de consciência é um direito constitucionalmente previsto, no entanto, é válido ressaltar que apesar disto o mesmo sofrerá algumas limitações, em decorrência da impossibilidade de ser admitida uma desordem no ordenamento em prol da liberdade de consciência<sup>55</sup>. Ou seja, a objeção de consciência é um direito permitido, porém, tal permissão será condicionada ao respeito pelos ditames constitucionais uma vez que não será possível que estes resem “bagunçados”, ou postos à prova, em virtude de uma crença individual. Assim, por ter o Estado a finalidade de zelar pelos direitos e garantias fundamentais de cada indivíduo, estes atuarão como limitadores do exercício da objeção de consciência face a um caso concreto.

Contudo, dúvidas mantêm-se presentes e estas estão relacionadas ao fato de como poderá ser feita a ponderação entre o “respeito ético por si próprio e pelos outros<sup>56</sup>”? Ou, “se o respeito pela autonomia ética da pessoa conforma o mais fundamental princípio de juridicidade (ou licitude) do agir humano<sup>57</sup>”? Com o intuito de possivelmente responder a estes questionamentos, Maria Mariana de Melo afirma:

Se é função do Estado evitar ao máximo os conflitos que possam surgir entre a decisão de consciência e a ordem jurídica, a forma de melhor o assegurar no domínio penal será ater-se firmemente a alguns dos seus princípios fundamentais: a protecção de bens jurídicos de acordo com o princípio da subsidiariedade e o princípio da necessidade da pena. Se não for necessário proteger o bem jurídico em questão, nomeadamente porque a lesão não é grave, então deverá ser concedido um espaço de liberdade ao indivíduo. Enquanto restrições a direitos fundamentais as normas penais apenas estarão legitimadas a proteger bens jurídicos fundamentais, apresentando alternativas, as “alternativas neutras” à consciência, enquanto manifestação de tolerância, permitindo um sentimento de maior identificação pessoal no cumprimento das normas e evitando assim a incriminação quando haja forte discussão moral<sup>58</sup>.

---

<sup>54</sup> PEREIRA, op.cit, Disponível em: [www.istig.ipbeja.pt/ac\\_direito/marianawhitepapers](http://www.istig.ipbeja.pt/ac_direito/marianawhitepapers). Acesso em: 15 fev 2010.

<sup>55</sup> COUTINHO, Francisco pereira. **Sentido e limites do direito fundamental à objeção de consciência**. Disponível em: [www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/Coutinho01](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Coutinho01). Acesso em 17 mar 2010.

<sup>56</sup> PEREIRA, Maria Mariana de Melo Egídio. **Decisões de consciência em direito penal**. Disponível em: [www.istig.ipbeja.pt/ac\\_direito/marianawhitepapers](http://www.istig.ipbeja.pt/ac_direito/marianawhitepapers). Acesso em: 15 fev 2010.

<sup>57</sup> PEREIRA, op.cit. Disponível em: [www.istig.ipbeja.pt/ac\\_direito/marianawhitepapers](http://www.istig.ipbeja.pt/ac_direito/marianawhitepapers). Acesso em: 15 fev 2010.

<sup>58</sup> PEREIRA, op.cit. Disponível em: [www.istig.ipbeja.pt/ac\\_direito/marianawhitepapers](http://www.istig.ipbeja.pt/ac_direito/marianawhitepapers). Acesso em: 15 fev 2010.

Tratando desta limitação, Antônio Damasceno apresenta situações em que se verifica a objeção de consciência, trazendo para cada uma delas os limites que devem ser impostos ao referido direito. Primeiramente, traz a situação de conflito entre o direito à objeção de consciência e um importante valor social. Diante disto, afirma que deve ser observado se a prática da objeção de consciência irá ferir ou lesionar interesses de uma coletividade. Se restar positivo, deve o Estado reprimir tal conduta fazendo prevalecer os interesses coletivos, no entanto, se a resposta for negativa, o Estado não poderá intervir<sup>59</sup>.

Outra situação apontada é o caso do conflito entre o direito do objetor e o direito de terceiro. Aqui, o tratamento destinado será o mesmo citado acima, porque bens de terceiros estão sendo postos em risco. Todavia, casos há em que se percebe que o objetor ainda que estivesse em posição igual ao do terceiro agiria da mesma forma, pois acredita fielmente ser esta a postura adequada. Exemplificativamente, trouxe a hipótese do pai que impede a transfusão de sangue em seu filho, colocando a vida deste em perigo, mas sabe-se que este agiria igualmente se a atitude a ser tomada fosse contra ele próprio. Para resolver esse impasse, retira-se o poder de decisão das mãos do pai, mas lhe exime de penalidade uma vez que está agindo em liberdade de consciência<sup>60</sup>.

Por fim, apresenta a hipótese do exercício de obrigação profissional em que “bens de outrem são limites intransponíveis à atuação do objetor<sup>61</sup>” logo, é permitida a atuação pautada na objeção de consciência desde que não ponha em riscos direitos alheios<sup>62</sup>. Nesse diapasão, diz o autor “somente são consideradas legítimas situações as quais, por motivo de foro íntimo, o objetor vem a deixar de realizar certo trabalho, mas pode ser, sem prejuízo algum a bens de outrem, substituído<sup>63</sup>”.

Em síntese, resta demonstrado que o direito à objeção de consciência, assim como todo direito constitucionalmente garantido, encontra limitações relacionadas ao seu exercício de maneira que o direito do objetor “termina” ou é cerceado na medida em que começa o direito de outro indivíduo, ou mesmo, a partir do momento em que este direito possa vir a ser lesionado caso tenha sua tutela reduzida.

Dessa forma, será pela ponderação de interesses que se consegue exercer tais direitos, sem, contudo, ferir os demais que possam estar envolvidos no caso concreto. E mais,

---

<sup>59</sup> CORREIA, Antônio Damasceno. **Objeção de consciência ou objetores de consciência**, Disponível em: [www.costanza.vilabol.uol.com.br/3.html](http://www.costanza.vilabol.uol.com.br/3.html), Acesso em: 15 fev.2010.

<sup>60</sup> CORREIA, op.cit. Disponível em: [www.costanza.vilabol.uol.com.br/3.html](http://www.costanza.vilabol.uol.com.br/3.html), Acesso em: 15 fev.2010.

<sup>61</sup> CORREIA, op.cit. Disponível em: [www.costanza.vilabol.uol.com.br/3.html](http://www.costanza.vilabol.uol.com.br/3.html), Acesso em: 15 fev.2010.

<sup>62</sup> CORREIA, Antônio Damasceno. **Objeção de consciência ou objetores de consciência**, op.cit.

[www.costanza.vilabol.uol.com.br/3.html](http://www.costanza.vilabol.uol.com.br/3.html), Acesso em: 15 fev.2010.

<sup>63</sup> CORREIA, op.cit. Disponível em: [www.costanza.vilabol.uol.com.br/3.html](http://www.costanza.vilabol.uol.com.br/3.html), Acesso em: 15 fev.2010.



serão os próprios liames, impostos ao exercício da liberdade de consciência, que serão tidos como necessários para manterem o equilíbrio dentro do ordenamento jurídico em face da permissão para a realização de condutas, que embora não emanadas da norma jurídica, são por ela isentas de pena. Isto é, a presença de algumas barreiras perante o direito que cada indivíduo possui de externalizar a sua liberdade de consciência serve como um sistema de controle, uma vez que se fosse facultado o livre exercício deste direito, sem observância a nenhum outro preceito legal, abalaria o ordenamento e suas normas, embora existentes e válidas, não seriam eficazes, já que cada um, alegando um tipo de liberdade de consciência construiria o seu próprio “código de ética”, forte o suficiente para desencadear um grande desequilíbrio dentro do ordenamento o qual não mais possuiria uma Constituição que regeria unanimemente todos os seus cidadãos.

## **5.2 OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCULPAÇÃO**

Denominam-se causas supralegais de exculpação aquelas que embora não previstas na lei, podem retirar a culpabilidade de uma determinada conduta, por ser inexigível que o indivíduo se comporte de uma maneira diversa daquela que por ele foi adotada. Tantas são as causas supralegais de exculpação, de maneira que as principais foram estudadas ao longo desta pesquisa, porém, para o caso trazido à baila, qual seja, a existência da liberdade de consciência face ao aborto legal, fez-se necessário o estudo em apartado da Objeção de Consciência como uma causa supralegal de não culpabilidade.

O fato de consciência como uma causa supralegal de exculpação da culpabilidade, pode ser definido como o “produto de decisão moral experimentada como dever interno vinculante e incondicional, assegurado pela garantia constitucional de liberdade de crença e de consciência<sup>64</sup>”. Logo, o indivíduo que praticou um ato ilícito agiu embuído pela sua crença, e de acordo com as suas convicções religiosas, por isso, não poderia ser exigido dele uma outra conduta. Assim, a objeção de consciência constitui a “experiência existencial de um sentimento interior de obrigação incondicional<sup>65</sup>”, não sendo possível que haja uma precisa valoração deste sentimento por parte do magistrado, restando-lhe apenas

---

<sup>64</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 226.

<sup>65</sup> SANTOS, op.cit, p. 226.

observar se há “correspondência entre a decisão exterior e mandamentos morais da personalidade<sup>66</sup>”.

Embora reconheça o fato de consciência como uma causa supralegal de exculpação, Juarez Cirino esclarece que tal exculpante apenas poderá ser argüida desde que, diante do caso concreto, haja a total proteção do bem jurídico em apreço, por uma alternativa neutra. Ou seja, o fato de consciência apenas servirá como causa supralegal, eximindo dessa forma, o indivíduo de penalidade se estiver condicionado a uma absoluta preservação do bem jurídico em perigo<sup>67</sup>. Tal posicionamento justifica-se no fato de que, apesar de ser a liberdade de crença e de consciência uma garantia constitucional, não sofrendo, assim, limitações penais, elas são passíveis de limitações impostas pelos direitos fundamentais, quais seja, vida, integridade física e liberdade. Nesse sentido, afirma Juarez Cirino “em nenhuma hipótese, o fato de consciência exculpa a efetiva lesão de bens jurídicos individuais fundamentais [...] porque a omissão da ação salvadora priva a vítima de todos os direitos<sup>68</sup>”.

O que fundamentaria a permissão da isenção de pena sob a alegação da objeção de consciência é a possibilidade de seu reconhecimento não gerar danos aos princípios constitucionais e nem aos direitos fundamentais individuais<sup>69</sup>.

Diante do que fora exposto, resta claro que uma conduta pautada na objeção de consciência do indivíduo poderá eximí-lo, ou isentá-lo, de pena desde que tal conduta respeite os requisitos trazidos por este instituto, uma vez que agindo em obediência ao que determina a sua convicção, não poderá ser exigido dele uma conduta diferente daquela que por ele fora praticada já que tal imposição restaria para ele um conflito e um abalo em sua própria personalidade.

Ademais, mesmo que a objeção de consciência não fosse um meio apto para isentar o indivíduo de penalidade, isto não significaria dizer que os verdadeiros objetores deixariam de praticar uma conduta determinada por suas convicções, para exercerem aquelas emanadas pela norma jurídica, pois para eles uma possível sanção prevista no ordenamento não tem importância alguma perto da agonia em que viveriam, a partir do momento em que deixasse de descumprir suas questões pessoais, para atender as questões trazidas por um legislador que tem um pensamento diametralmente oposto aos deles.

Dessa forma, no caso ora em análise, qual seja, a recusa do médico em proceder ao aborto legal estando embuído por questões de foro íntimo, e nesse caso, o aspecto

---

<sup>66</sup> SANTOS, op.cit, p. 226.

<sup>67</sup> SANTOS, op.cit, p. 226.

<sup>68</sup> SANTOS, op.ci, p. 226.

<sup>69</sup> SANTOS, op.cit, p. 226.

preponderante, via de regra é o religioso, dúvidas já não mais existem de que aquele poderá valer-se de tal direito, que para estes profissionais estão previstos não apenas na Constituição Federal em seu artigo 5º, VI, como também no Código de Ética Médica, artigo 28, como causa que lhe garantirá a não culpabilidade por sua conduta. Porém, por serem eles os garantidores legais do direito à vida, deverão exercer o direito à objeção de consciência com algumas limitações e assim ocorre, pois se visa garantir o equilíbrio entre o direito à objeção de consciência e o respeito aos direitos e garantias fundamentais de cada indivíduo.

### **5.3 A POSSIBILIDADE DO MÉDICO SE RECUSAR EM PROCEDER AO ABORTO LEGAL EM PROL DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA**

O profissional de saúde, sobretudo o médico, encontra-se amparado pelo artigo 28, do Código de Ética Médica, o qual afirma ser direito do médico “recusar a realização de atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência<sup>70</sup>”. Assim, o médico que por questões de foro íntimo se recuse a realizar uma interrupção da gravidez, sendo esta permitida pelo Código Penal, poderá alegar a liberdade de consciência, no entanto, mesmo estando claro ser ele possuidor de tal direito, não se deve esquecer que a gestante é também, possuidora de direitos fundamentais, tais como: direito à vida, liberdade, autonomia privada, entre outros, o que traz à baila a visualização de um conflito oriundo de direitos inatos da pessoa humana.

Como dito alhures, razão assiste ao médico para que este deixe de seguir a um mandamento legal se estiver agindo em conformidade com a sua consciência, que deverá ser respeitada por todos, tendo, dessa forma, força de um direito *erga omnes*. Porém, este direito não é oponível aos demais direitos. Diante do caso concreto, e através da técnica de ponderação, restando demonstrado que a preponderância da objeção de consciência ferirá direitos alheios, podendo com isso, ocasionar certa dúvida com relação às leis que regem o ordenamento pátrio, este será relativizado ou limitado, sendo exercido apenas na medida em que não ocasione nenhuma das hipóteses aqui mencionadas, quais sejam: lesão ou ameaça de lesão aos direitos de terceiros. Assim, o direito à liberdade de consciência jamais poderá prevalecer perante o direito à vida, liberdade, autonomia privada, de maneira que o respeito a

---

<sup>70</sup> MÉDICA, Código de Ética. Disponível em: [www.crmpe.com.br/pdf/codigo\\_etica\\_medica.pdf](http://www.crmpe.com.br/pdf/codigo_etica_medica.pdf). Acesso em: 15 fev. 2010.

tais direitos gera a obediência dos preceitos ensinados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Na situação abordada na presente pesquisa, se uma mulher se dirige a um estabelecimento público de saúde desejando interromper a gestação por ser esta oriunda de um ato violento – seja estupro ou atentado violento ao pudor -, ou porque a continuidade poderá vir a lhe causar grave risco à vida ou à saúde, apenas poderá o médico, ainda que sob alegação da objeção de consciência, abster-se em realizar este procedimento se no mesmo local estiver um outro médico, que livre de qualquer convicção pessoal possa realizar o abortamento.

Em sendo assim, o médico faz jus a sua liberdade de consciência, no entanto, para o caso em apreço, a limitação imposta para o exercício desta garantia é a presença de um outro profissional de saúde que realize o procedimento, uma vez que pelo próprio princípio da proporcionalidade resta claro que o direito da gestante à vida, liberdade, entre outros, é mais relevante do que a objeção de consciência, de maneira que sentido algum não faria, dentro de um Estado laico, como é o caso do Brasil, uma mulher ter a sua vida posta em risco, ou a sua honra ainda mais abalada, por causa de um profissional de saúde, o qual via de regra deve responsabilizar-se pela satisfação e bem estar dos seus pacientes, que envolvido em suas crenças religiosas, também respeitadas constitucionalmente, nega-se a proceder a um mandamento legal permissivo que constitui um direito da gestante.

Contudo, é válido afirmar que, embora o direito de crença, presente em cada indivíduo, seja igualmente respeitado assim como os outros direitos, a exemplo do direito a liberdade, há também de ser observado que este é um direito extremamente pessoal, individual, e abstrato, de maneira que será a concepção de cada indivíduo que lhe dará sentido. Diante disso, a liberdade religiosa não poderá ser preponderante face ao caso em que se lida com bens jurídicos que uma vez lesionados jamais poderão ser recuperados ou resgatados, principalmente o direito à vida.

Por isso, surgindo um conflito entre a liberdade que o médico detém de preservar a sua crença religiosa e se recusar em proceder ao aborto, e o direito da mulher, que por muitas vezes está totalmente abalada por ter que interromper uma gestação há muito tempo esperada, vendo a morte de um filho amado, para assim preservar e manter a sua própria vida, ou no caso que após um violento ato sexual foi vítima também de uma gravidez indesejada, em ter esta gestação encerrada, será solucionado mediante a utilização do princípio da proporcionalidade que será o balizador e o principal orientador do Juiz diante deste caso concreto.

Diante do exposto, volto a grafar, o médico apesar de sua profissão, e mesmo sendo um garantidor legal da vida humana, não se encontra desvinculado de suas convicções pessoais, mas estas, em hipótese alguma, poderão ser exercidas sem limitações e principalmente sem observar se irão ferir ou não os direitos fundamentais de terceiros.

#### **5.4 AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA RECUSA DO MÉDICO POR MOTIVOS DE CONSCIÊNCIA**

O Direito Penal difere-se dos demais ramos do Direito não apenas por ser aplicado como *ultima ratio*, mas ainda, porque a sua aplicação depende não somente da prática do injusto pelo agente, como também, da reprovação pessoal do agente de tal conduta. Por esse entender, a norma penal possui duas funções basilares: uma valoradora e outra motivadora. Pela primeira, selecionam-se os bens jurídicos, através dos valores sociais que possuem, dando-lhes uma proteção jurídico-penal. Através da motivação, busca-se influenciar os cidadãos de maneira que estes venham a se comportar da forma como está prescrito em lei<sup>71</sup>.

A objeção de consciência terá seu tratamento-jurídico penal obtido através da culpabilidade uma vez que por esta é possível reafirmar uma norma ora violada, ao mesmo tempo em que consegue isentar o agente de censura. No entanto, a discussão reside no aspecto de qual causa específica de exclusão poderá ser utilizada no caso concreto como solução para o impasse<sup>72</sup>.

Uma parte da doutrina, representada por Baucells I Lladós<sup>73</sup> e Figueiredo Dias<sup>74</sup>, aponta o erro de proibição como causa de exclusão da culpabilidade dos atos praticados em objeção de consciência. O erro de proibição seria uma “situação provocada por sua equivocada compreensão da resolução do conflito entre dever legal e imperativo de consciência pela ordem jurídica<sup>75</sup>”. Por este, não seria destinado ao agente força jurídica preponderante às suas convicções morais, mas seria admitida a hipótese de equívoco do agente, “em vista de indicativos normativos oferecidos pelo Estado mesmo, principalmente através do reconhecimento constitucional da liberdade de consciência<sup>76</sup>”.

Baucells I Lladós afirma não crer que:

---

<sup>71</sup> HERINGER JÚNIOR, Bruno. **Objeção de consciência e direito penal**: Justificação e Limites, Rio de Janeiro, Lúmem Júris, 2007, p. 113.

<sup>72</sup> HERINGER JÚNIOR, op.cit, p. 114.

<sup>73</sup> Baucells I Lladós apud HERINGER JÚNIOR, p.114.

<sup>74</sup> FIGUEIREDO Dias apud HERINGER JÚNIOR, p.114.

<sup>75</sup> HERINGER JÚNIOR, op.cit, p. 114.

<sup>76</sup> HERINGER JÚNIOR, op.cit, p. 114.

Em um Estado que se pretende éticamente neutral, pueda reconocerse relevância al error basado em imperativos éticos o lo que es lo mismo, reconocer efectos exculpantes solo al acto em conciencia frente al acto por convicción, sino más bien debe contemplarse la orientación de esas decisiones a normas y principios superiores que son los únicos que podrán fundamentar um error de validez de la norma penal<sup>77</sup>.

Apenas no campo do erro de proibição a decisão de consciência terá importância jurídico-penal nos ensinamentos de Figueiredo Dias<sup>78</sup>. Para tanto, parte da premissa de que a exclusão da culpabilidade em virtude da falta de consciência do ilícito não censurável “radica na persistência do agente, apesar do erro em que incorreu de uma consciência reta, manifestada no fato e que em último termo o fundamenta, é dizer, de uma atitude de fidelidade ou correspondência a exigências ou pontos de vista, se bem que parcelares, juridicamente relevantes e aceitáveis<sup>79</sup>”.

Contrariando este posicionamento, Bruno Heringer não visualiza o erro de proibição como causa excludente da culpabilidade nas decisões de consciência.

Aduz que não há que se falar em erro de proibição uma vez que o agente sabe que o seu código moral vai de encontro às normas estabelecidas no ordenamento, contrapondo, dessa forma, algum dever legal específico, mas ainda assim, por não poder “desobedecer” às suas convicções pessoais realiza tal conduta. Tem ele consciência do significado e da validade da norma penal, o que não possui é condições de cumpri-la em virtude das convicções pessoais<sup>80</sup>.

À falta de uma regulamentação legal da objeção de consciência no âmbito penal, é de reconhecer-lhe, por inexigibilidade de conduta diversa, o caráter de causa supralegal de exclusão da culpabilidade. A inexigibilidade de conduta diversa, “cuja causa descaracteriza o fato delituoso<sup>81</sup>”, é apontada como a causa excludente da culpabilidade, haja vista que o agente sabe que está praticando uma conduta ilícita, uma vez que é reprovada pelo Código Penal, mas se vê compelido a fazer<sup>82</sup>.

A peculiaridade da decisão de consciência é fundada na impossibilidade que o agente tem de deixar de fazer aquilo que internamente acredita ser o correto, para fazer algo que é emanado abstratamente pelo ordenamento jurídico ao qual está submetido. Deixar de cumprir o mandamento pessoal corresponde por si só, em uma sanção para este agente, uma vez que esta desobediência irá lhe causar graves conflitos internos de maneira que será mais

---

<sup>77</sup> BAUCELLS I Lladós apud HERINGER JÚNIOR, p.114.

<sup>78</sup> FIGUEIREDO Dias apud HERINGER JÚNIOR, p.115.

<sup>79</sup> FIGUEIREDO Dias apud HERINGER JÚNIOR, p.115.

<sup>80</sup> HERINGER JÚNIOR, op.cit, p. 116.

<sup>81</sup> HERINGER JÚNIOR, op.cit, p. 116.

<sup>82</sup> HERINGER JÚNIOR, op.cit, p. 117-118.

“válido” descumprir a norma legal, já que apesar de ter conhecimento da sua validade nela não acredita, do que viver este impasse. Por isso, aponta-se a inexigibilidade de conduta diversa como a causa que será suscitada, no caso concreto, para isentar o indivíduo de penalidade, pois, como fora dito, apesar de saber da existência e validade da norma jurídica ao qual está submetido, não se pode dele exigir uma conduta diferente daquela que fora praticada haja vista que sua atitude foi pautada em uma convicção pessoal.

Roxin, fala em “estado de necessidade interior<sup>83</sup>”, de maneira que diante do caso concreto, analisando suas circunstâncias, é possível o reconhecimento desta exculpante supralegal, levando conseqüentemente a absolvição do objeto. Isto não gera a insegurança da teoria do delito “pues cuando se interpreta el Derecho vigente no se trata de possibilitar al juez una exención de pena conforme a sus próprias representaciones politicocriminales, sino que se deben averiguar lãs hipótesis preventivas que sirven de base a la ley<sup>84</sup>”. Assim, poderá ser desnecessária a imposição de pena ao agente que descumpra uma norma jurídico-penal por motivos de consciência, e desde que as circunstâncias do fato lhe permitam. Sob a perspectiva da prevenção especial será desnecessária a pena porque “as convicções do autor não são suscetíveis à influência da pena, até mesmo porque não cabe ao Estado corrigir, compulsoriamente, eventual deformação moral do indivíduo<sup>85</sup>”; ao passo em que, pela perspectiva da prevenção geral negativa “ninguém, a menos que comungue das mesmas convicções do agente, se sentirá a infringir a lei penal<sup>86</sup>”, e pela perspectiva da prevenção geral positiva “a vigência da norma não será abalada por atos que, considerados todos os requisitos sugeridos, seriam manifestamente excepcionais<sup>87</sup>”.

Manifestando-se a favor deste posicionamento, afirma Damasceno Correia:

A garantia jurídica da liberdade de consciência vincula o poder público a oferecer alternativas jurídicas, sempre que uma regulação jurídica geral obriga os indivíduos a um comportamento contrário à consciência, provocando um conflito que assume verdadeiras proporções sociais. No ato de legalização dessas situações o legislador visa criar um espaço livre do Direito em que é juridicamente neutra a atuação do sujeito. Devendo a ordem jurídica estabelecer para o autor que atua com base em convicções éticas, políticas, sociais, uma disposição especial, o que pode incorrer na não aplicação de pena em alguns casos<sup>88</sup>.

---

<sup>83</sup> ROXIN, Claus apud HERINGER JÚNIOR p. 118.

<sup>84</sup> ROXIN, Claus apud HERINGER JÚNIOR p. 118-119.

<sup>85</sup> ROXIN, Claus apud HERINGER JÚNIOR p. 119.

<sup>86</sup> ROXIN, Claus apud HERINGER JÚNIOR p. 119.

<sup>87</sup> ROXIN, Claus apud HERINGER JÚNIOR p. 119.

<sup>88</sup> CORREIA, Antônio Damasceno. **Objecção de consciência ou objetos de consciência**, op.cit. costanza.vilabol.uol.com.br/3.html, Acesso em: 15 fev.2010.

A liberdade de consciência constitui um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal, dessa forma não se pode obrigar um indivíduo a atuar em contrariedade àquilo que determina seu foro íntimo, primeiro, porque ele tem a garantia prevista em lei de que poderá agir conforme os seus anseios pessoais, e segundo, sendo este um direito deverá ser isento de sanção penal, caso contrário não constituiria efetivamente um direito.

O caso trazido à baila, qual seja, a objeção de consciência como causa da recusa para realização de uma manobra abortiva legal, suscita o conflito entre direitos fundamentais, conceituados por Ferrajoli<sup>89</sup> como “todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a “todos” direitos humanos enquanto dotados do *status* de pessoas ou cidadãos”, tendo os sujeito envolvidos no caso, o direito de tê-los assegurados. Esse impasse surgido entre os direitos fundamentais será resolvido à luz do princípio da proporcionalidade, sendo este um princípio essencialmente constitucional e que jamais poderá ser desvinculado do Direito Penal uma vez que, este como instrumento dos direitos fundamentais, necessitará daquele para a realização dos seus fins<sup>90</sup>. Sobre isso afirma Sebástian citando Canotilho:

A proporcionalidade/necessidade exige que, na realização do fim ou interesse público, seja adotada à medida que tenha a menor ingerência possível nos Direitos Fundamentais. Desta forma, se o Estado possui dois meios igualmente eficazes para a obtenção de um determinado fim, o cidadão tem direito de exigir do Estado aquele que não vulnera seus Direitos Fundamentais. E se, para realização de um interesse público, só estão presentes dois meios que vulneram Direitos Fundamentais, deve-se proporcionar ao cidadão a menor desvantagem possível, isto é, à escolha do meio menos gravoso. Desta maneira, deve-se exigir a prova de que para obtenção de determinados fins, não era possível adotar outro meio menos oneroso pra o cidadão<sup>91</sup>.

Assim, à luz do princípio da proporcionalidade, resta verificado que no caso em tela, como já mencionado anteriormente, por se tratar de dois direitos fundamentais em conflitos, um não poderá prevalecer sobre o outro, pois, isto feriria a própria finalidade de existência de tal direito, uma vez que este é imprescindível para assegurar aos seus detentores um âmbito de proteção livre de qualquer ingerência. Dessa forma, não é possível que o médico única e exclusivamente se recuse em proceder ao aborto, deixando a gestante com o

---

<sup>89</sup> FERRAJOLI apud MELLO, Sebástian Borges de Albuquerque. **Proporcionalidade e Direito Penal**. Disponível em <[http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos\\_cat\\_7.html](http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_cat_7.html)> Acesso em: 05 nov. 2010.

<sup>90</sup> MELLO, Sebástian Borges de Albuquerque. **Proporcionalidade e Direito Penal**. Disponível em <[http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos\\_cat\\_7.html](http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_cat_7.html)> Acesso em: 05 nov. 2010.

<sup>91</sup> CANOTILHO apud MELLO, op. cit. <[http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos\\_cat\\_7.html](http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_cat_7.html)> Acesso em: 05 nov. 2010.



seu direito lesionado, tampouco será permitido que o médico seja obrigado à realização da prática abortiva para satisfazer aos anseios da gestante.

Nesse caso uma alternativa neutra será eficaz para garantir que ambos os direitos mantenham-se protegidos, sem, contudo, deixar de serem exercidos. O médico como já afirmado, poderá alegar a objeção de consciência por uma questão de foro pessoal, e não será responsabilizado penalmente por esta sua conduta, uma vez que está amparado por um preceito legal e constitucional, que é a liberdade de consciência, no entanto, como a gestante não poderá ficar sem atendimento em virtude de uma convicção pessoal alegada por ele, será necessário que no caso concreto haja a presença de um outro médico capacitado, e desprovido de qualquer concepção pessoal contrária ao aborto, para realizar o referido procedimento.

Dessa maneira, chega-se a solução para o problema ora suscitado. Através da ponderação de interesses, da análise do princípio da proporcionalidade, da inexigibilidade de uma conduta diversa e verificando sempre que a interferência do Direito Penal na esfera privada de um indivíduo deve ser a exceção dentro de um ordenamento jurídico, razão não há em querer penalizar um indivíduo que agiu por uma questão de foro íntimo, sendo que, se o caso em apreço puder ser solucionado sem ferir tal direito, digo através de um terceiro que possa realizar o procedimento obtendo o mesmo resultado, assim deverá ser procedido.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu taxativamente as hipóteses em que é facultada à gestante a realização do aborto. Será permitida a interrupção da gestação quando esta for a única forma de salvar sua vida, haja vista que a manutenção da gravidez poderá lhe ocasionar graves riscos à vida ou à saúde. Outra hipótese em que se torna permitido o abortamento é quando a gravidez é oriunda de um estupro. Nesse tipo de aborto, percebe-se que o legislador objetivou salvaguardar os direitos fundamentais da mulher, tais como o direito à vida, liberdade, autonomia privada, dignidade humana, sensibilizando-se com a situação por ela enfrentada, tentando, através deste permissivo, amenizar seu sofrimento. Porém, mesmo sendo uma interrupção da gravidez autorizada pela legislação brasileira, esta não está isenta de críticas, tampouco de pensamentos contrários, uma vez que estes visualizam essa conduta como um homicídio, já que seria retirada a vida do feto. Posicionamentos surgem a favor, e muitos contra a manutenção deste como um permissivo legal.

Preponderantemente, o aspecto religioso é o grande influenciador dos indivíduos contrários à prática abortiva, ainda quando esta é autorizada pelo ordenamento. Tais questões de foro íntimo, embasadas por convicções sociais, morais, éticas ou religiosas, são tuteladas pela Constituição Federal, artigo 5º, sendo por esta chamada de liberdade de consciência.

A liberdade de consciência, como um direito constitucionalmente garantido, permite que o indivíduo, seguindo orientações do seu foro íntimo, pessoal, deixe de cumprir um mandamento legal, onde por vezes, e a depender da situação concreta, possa ser isento também de sanção. Essa decisão de consciência deve precipuamente ser fundada no código moral do objeto, devendo ser exercida de forma singular e sem a utilização de violência.

Embora tenha conhecimento da existência e validade da norma jurídica, o objeto deixa de cumpri-la, pois assim estará obedecendo às suas convicções. Caso não proceda dessa maneira, estará ele compelido a enfrentar um conflito interno. Mesmo sendo um direito fundamental, a liberdade de consciência deverá ser exercida com respeito aos limites que lhes são impostos. Servirão como limites ao exercício desta decisão, os direitos de terceiro, de forma que a decisão de consciência pode ser tomada desde que não venha a ferir os direitos alheios. Assim, é possível afirmar que a existência deste direito não irá confrontar a validade do ordenamento jurídico, haja vista que apesar de ser permitido a cada indivíduo que atue conforme a sua consciência, existirá explicitamente um “freio” a tal atuação, representado pela presença e devida preservação dos demais direitos fundamentais, também previstos constitucionalmente.

Como mencionado nas linhas anteriores, o aborto é taxativamente permitido em duas hipóteses, constituindo, assim, um direito da mulher. Porém, mesmo sendo um direito, o médico religioso, convicto nos ensinamentos adquiridos, e sendo, portanto, contrário à prática do aborto, poderá alegar a objeção de consciência não realizando o procedimento.

Diante deste posicionamento adotado pelo médico, surge o questionamento acerca da penalidade ao qual o mesmo estará submetido uma vez que, sua conduta corresponde a uma desobediência a uma norma legal. Dessa maneira, a objeção de consciência face ao aborto representa um conflito entre direitos fundamentais, uma vez que de um lado encontra-se o direito à vida e liberdade da gestante, e do outro o direito à liberdade de consciência do médico. Por se tratar de um conflito entre direitos fundamentais, este será solucionado através do princípio da proporcionalidade.

Perante o caso concreto deverá ser feita uma ponderação entre os interesses envolvidos, de maneira que não pode ser negado à gestante seu direito em proceder ao aborto,

ao passo em que também não se pode exigir do médico a realização desta conduta. Como forma de não lesionar nenhum dos direitos envolvidos, busca-se uma alternativa neutra, que no caso em tela seria a presença de um outro médico, livre de qualquer objeção ao aborto, para proceder tal manobra. Essa é a solução mais acertada haja vista que por ela nenhum direito será atingido.

Porém, nítido está o descumprimento do médico objetor a uma norma legal válida, o que, via de regra, o levará a uma penalidade, pois praticou uma conduta contrária àquilo emanado pela lei. No entanto, por ter agido através de sua convicção pessoal será isento de penalidade e essa isenção é alcançada através do elemento da culpabilidade, qual seja, a inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que neste caso é impossível exigir do sujeito uma conduta diferente daquela que por ele foi praticada.

Nesse diapasão, e diante de tudo o que fora exposto, a solução apresentada ao problema suscitado, é de que o médico influenciado por seu foro íntimo poderá se recusar em proceder a manobra abortiva, desde que haja no local um terceiro apto a dar seguimento a este procedimento, uma vez que assim nenhum direito fundamental, presente no caso em tela, será lesionado.

No âmbito da culpabilidade, e através da inexigibilidade de conduta diversa ficará o médico isento de responsabilidade penal, em virtude de sua conduta, uma vez que esta foi pautada na convicção pessoal que o mesmo detém fato este que ratifica a Objeção de Consciência como uma causa supralegal.

## **REFERÊNCIAS**

ALVES, Ivanildo Ferreira. **Crimes contra a vida**. Belém: Unama, 1999.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**: parte especial, crimes contra a pessoa, crimes contra o patrimônio. 2. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009.

BELLAVISTA, G. *II problema della Colpozza*, Palermo, 1942.

BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, parte especial. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a pessoa**. 5. ed. Rio de Janeiro: 1969.

BUGLIONE, Samantha. **Descriminalização do aborto**. Disponível em: [www.universia.com.br/materia/materia](http://www.universia.com.br/materia/materia). Acesso em: 15 fev. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal: parte especial**. 6. ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

COUTINHO, Francisco Pereira. **Sentido e Limites do Direito Fundamental à Objecção de Consciência**. Disponível em: [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/Coutinho01.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Coutinho01.pdf). Acesso em: 15 fev. 2010.

CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. **Aborto na rede hospitalar pública**. P Estado financiando o crime. Disponível em: [www.providaanapolis.org.br/monograf.pdf](http://www.providaanapolis.org.br/monograf.pdf). Acesso em: 12 jul. 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. **O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Portugal: Coimbra, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3. ed. São Paulo, 2006.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GALLI, Beatriz. **Aborto: conquistas e desafio**. Disponível em: . Acesso em: 15 fev. 2010.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal**, Introdução e princípios fundamentais, v. 1. São Paulo: RT, 2007 a.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. **Direito Penal**. Parte geral, v. 2, São Paulo: RT, 2007 b.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. 5. ed. v. II, Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HERINGER JÚNIOR, Bruno. **Objecção de Consciência e Direito Penal: Justificação e Limites**. Rio de Janeiro: lumen Júris, 2007.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. v. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. Dos crimes contra a pessoa. 24 ed. rev. e atual. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARTA, Taís Nader; Garcia, Edinês Maria Sormani. Dignidade da pessoa humana e o aborto – Uma realidade a ser pensada. **Revista de Direito**. V. XII, n. 16, 2009. Disponível em: sare.Unianhanguera.edu.br. Acesso 15 fev. 2010.

MARTINS, Joceli Cristiane. **Colisão entre os direitos fundamentais**: vida e liberdade em face do aborto. Disponível em: www.cdr.unc.br/cursos/direito/Joceli. Acesso em: 15 fev. 2010.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Aborto e o Direito Penal**. 1. ed. Porto Alegre: Sagra – DC Luzzatto editores, 1994.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. O princípio da proporcionalidade no Direito Penal. In SCHMITT, Ricardo Augusto (org.), **Princípios penais constitucionais**: Direito e Processo penal à luz da Constituição Federal. Salvador: Juspodivm, 2007.

\_\_\_\_\_. **Proporcionalidade e Direito Penal**. Disponível em: <[http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos\\_cat\\_7.html](http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_cat_7.html)> Acesso em: 05 nov. 2010.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NORONHA, Magalhães. **Direito penal**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2000.

PEREIRA, Maria Mariana de Melo Egídio. **Decisões de consciência em Direito Penal**. Disponível em: www.estig.ipbeja.pt/~ac\_direito/Marianawhitepapers. Acesso em: 15 fev. 2010.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, 2. ed. rev. Atual, ampl, e compl. v. 2. São Paulo: RT, 2007.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal**. parte especial. 5. ed. rev. atual, e ampl. v 2. São Paulo: RT, 2006.

**PRÁTICA** do aborto na sociedade contemporânea: perspectivas jurídicas, morais econômicas e religiosas. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em: 27 jul. 2010.

*PUIG*, Santiago Mir. **Derecho penal: parte general**. 7. ed. Buenos Aires, Montevideo: Editorial B de F, 2004.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do Delito**. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 2000.

RIBEIRO, Flávia Regina Guedes. **Controvérsia moral acerca da legalização do aborto**: o caso da anencefalia fetal. Disponível em: www.abrapso.org.br/siteprincipal. Acesso em: 27 jul. 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal: parte geral**. 3. ed. rev. Ampl. Curitiba: ICPC, Lúmen Júris, 2008.

SILVA, Ariane Ragni Scardazzi; GODOY, Sandro Marcos. **Análise do aborto em caso de gravidez decorrente de estupro**. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1180/1129>. Acesso em: 15 fev. 2010.

SZCZEPANSKI, Luiz Marcelo. **Interrupção de gestação de feto anencéfalo e o aborto legal sob a óptica dos direitos humanos fundamentais**. Disponível em: [http://www.professorallan.com.br/UserFiles/Arquivo?Artigo/monografia\\_interrupcao\\_de\\_gestacao-de\\_feto\\_anencefalo\\_e\\_o\\_aborto\\_legal.pdf](http://www.professorallan.com.br/UserFiles/Arquivo?Artigo/monografia_interrupcao_de_gestacao-de_feto_anencefalo_e_o_aborto_legal.pdf). Acesso em: 12 maio 2010.

TELES, Miguel Galvão. **Liberdade de consciência e liberdade contra legem**. Disponível em: [www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/MGT420.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/MGT420.pdf). Acesso 15 fev. 2010.

WAGNER, Joice Luiza Flores de Matias. **Direito ao corpo e consentimento para doação de órgãos post mortem no Brasil: uma análise à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2003.

WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal, Una Introducción a la doctrina de acción* finalista. Montevideo. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

WESTPHAL, Fernanda Prince Sotero. **Reflexões acerca do acesso ao aborto legal no Brasil: os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres versus o direito de objeção de consciência dos médicos que prestam serviço pelo Sistema Único de Saúde – SUS**. Disponível em: [www.ipas.org.br/arquivos/artigo%20-%20Fernanda.pdf](http://www.ipas.org.br/arquivos/artigo%20-%20Fernanda.pdf). Acesso em 17 mar. 2010.

ZAFFARONI, Raúl Eugênio. **Manual do Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar, 1991.